Die Notentwendung im Geiste des deutschen Rechts

unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten kleinen Strafrechtsnovelle vom 19. Juni 1912 und der Vorschläge für die Strafrechtsreform.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

eingereicht von

Otto Borcherdt

Referendar beim Kgl. Amtsgericht Hohenstein-Ernstthal
Kriegsfreiwilliger in Straßburg (Elsaß) Inf.-Regt. 136.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1915.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0083

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Erster Teil.

Geschichtliche Entwicklung 3

Zweiter Teil.

Der Notdiebstahl nach dem Strafgesetzbuch v. 15. Mai 1871 22

Dritter Teil.

Die Notentwendung nach der Novelle v. 19. Juni 1912.

§ 1. Entstehungsgeschichte 33
§ 2. Der Inhalt der Notentwendung § 248a 51
§ 3. Die Stellung der Notentwendung § 248a im Systeme des geltenden Strafrechts 67
§ 4. Mängel des geltenden Rechts 87

Vierter Teil.

Die Entwendung nach der Strafrechtsreform im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche § 272.

§ 1. Inhalt 90
§ 2. Die Stellung im Strafrechtssystem 102

Literaturverzeichnis.

Lehrbücher.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 17. Aufl. 1895. (zit.: Berner, Lehrb.)

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885. (zit.: Binding, Handb.)

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. 1907. (zit.: Binding, Grundr.)

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1902—1905. (zit.: Binding, Lehrb.)

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Systematisch dargestellt. 1881—1887. (zit.: Hälschner.)

Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte (Staatsrecht. Kirchenrecht). 3. Aufl. 1898. (zit.: Heilfron.)

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. 1908, 20. Aufl. 1914. (zit.: v. Liszt, Lehrb.)

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1912. (zit.: Meyer-Allfeld. Lehrb.)

Wach, Strafrechtsvorlesung W.-S. 1913/14. Druckbogen. (zit.: Wach, Vorlesung.)

Kommentare.

a) Zur Constitutio Criminalis Caroli Quinti und zu Feuerbach.

Remus, Nemesis Carolina. 1600.

Kreß, Kommentar zur Peynl. Gerichtsordnung Karls V. (zit.: Kreß, Komm.)

Mittermaier, Noten zu Feuerbach. 14. Aufl. 1847.

Morstadt, Ausführlicher kritischer Kommentar zu Feuerbachs Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts. 1855. (zit.: Morstadt, Komm. zu Feuerbach.)

b) Zum Reichsstrafgesetzbuche.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1908, 8. bis 10. Aufl. 1912. (zit.: Frank, Komm.)

v. Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. Systematisch dargestellt. 1881. (zit.: v. Liszt, Komm.)

Meves, Die Strafgesetznovelle v. 26. 2. 1876. (zit.: Meves, Strafgesetznovelle.)

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1908/09. (zit.: Olshausen.)

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901. (zit.: Oppenhoff.)

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884. (zit.: Schwarz.)

Gesetzessammlungen.

Bluhme, Edictus ceteraeque Langobardorum leges. 1869. Aus Fontes juris Germanici antiqui I.

Bluhme, Lex Burgundionum. 1863. Aus Monumenta Germaniae historica. Leges III.

Constitutio Criminalis Caroli Quinti. Ausgabe Zoepfl. 1883.

Dahn, Westgotische Studien. 1872.

Eccardus, Leges Francorum Salicae et Ripuariorum. 1720.

Friese, Das Strafrecht des Sachsenspiegels. Aus Gierkes Untersuchungen zur deutschen Rechtsgeschichte. 1898.

Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen. 1837.

Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer. 1834.

Liebermann, Die Gesetze der Angelsachsen. 1903. (zit.: Liebermann.)

Mederer, Beiträge zur Geschichte von Bayern. Lex Bajuvariorum. 1793.

Merkel, Lex Saxonum. 1853.

Merkel, Lex Bajuvariorum. 1863. Aus Monumenta Germaniae historica. Leges III.

Merkel, Lex Alamannorum. 1863. Aus Monumenta Germaniae historica. Leges III.

Osterley, Von den Strafen des Diebstahls nach dem salischen Gesetze. 1783.

v. Richthofen, Lex Frisionum. 1863. Aus Monumenta Germaniae historica. Leges III.

Sachsenspiegel. Ausgabe von 1474.

Sächsisches Weichbildrecht. Ausgabe von Daniels v. Gruben. 1857.

Schwabenspiegel. Ausgabe von Wackernagel. 1840.

Wasserschleben, Die Bußordnungen der abendländischen Kirche. 1851. (zit.: Wasserschleben.)

Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mit den amtlichen Motiven . . . 1871. (zit.: Puchelt.)

Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. 1909. (zit.: NE.)

Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von W. Kahl, K. v. Lilienthal, Fr. v. Liszt, D. Goldschmidt. 1911. (zit.: GE.)

Sammelwerke.

Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform. 1908.

Heft 9: Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung.

Heft 7: v. Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatze der modernen Richtung im Strafrecht: „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen".

Heft 11: Kohler, Gedanken über Ziele des heutigen Strafrechts.

Reform des Strafgesetzbuchs. 1910. (Aschrott, v. Liszt.)

Bd. 1: v. Liszt S. 388 ff. (Strafbemessung).

Bd. 2: Wach S. 6 ff. (Die Technik des Vorentwurfs); Mittermaier S. 347 ff. (Diebstahl und Unterschlagung, Raub, Erpressung).

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts: Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. 1905—1907. (zit.: Vergl. Darst.)

Allgemeiner Teil Bd. 6: Wach, Legislative Technik.

Besonderer Teil Bd. 6: Harburger, Diebstahl und Unterschlagung.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche. Gefertigt im Reichsjustizamte. 1911.

Einzelschriften.

Brandt, Die privilegierten Fälle des Diebstahls unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch und des Gegenentwurfs. Diss. Marburg 1912. (zit.: Brandt, Diss.)

Carpzow, Practica nova. 1758.

Denzel, Der Mundraub in der Novelle zum Reichsstrafgesetzbuch, die Entwendung nach § 272 des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch und ihre Regelung in den ausländischen Gesetzen. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1912. (zit.: Denzel, Diss.)

Doerr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Aus Strafrechtliche Abhandlungen von Bennecke Heft 3/4. (zit.: Doerr.)

Dollmann, Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts. 1834. (zit.: Dollmann.)

Gebauer, Über den strafrechtlichen Schutz wertloser Gegenstände. Diss. Breslau 1892. (zit.: Gebauer.)

Gérard, Die Entwendung des § 272 des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, verglichen mit dem Diebstahl und Mundraub des geltenden Rechts. Diss. Erlangen 1911. (zit.: Gérard, Diss.)

Höltzenbein, Die Entwendung nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche, verglichen mit dem Mundraub nach dem Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich v. 15. 5. 1871. Diss. Erlangen 1912. (zit.: Höltzenbein, Diss.)

Janka, Der strafrechtliche Notstand. 1878. (zit.: Janka.)

Klien, Die Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. (zit.: Klien.)

Möckel, Der Notdiebstahl. Gießener Diss. Borna-Leipzig 1911. (zit.: Möckel, Diss.)

Schlosky, Der Mundraub. Aus Strafrechtliche Abhandlungen von Bennecke Heft 11. (zit.: Schlosky.)

Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes. 1878. (zit.: Stammler.)

Temme, Über den Betrag des Diebstahls. 1867. (zit.: Temme.)

Tittmann, Geschichte der Deutschen Strafgesetze.

Wach, Rektoratsrede 1902. (Rektoratswechsel an der Universität Leipzig v. 31. 10. 1902.)

Zeerleder-Opet, Ausgewählte Rechtsquellen. (zit.: Zeerleder-Opet.)

Einzelabhandlungen.

Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)

Bd. 14 S. 128 Stranz; S. 453 ff. Träger.

Bd. 15 S. 9 ff., 108 ff. Wach; S. 73 Doerr; S. 670 ff. Meyer.

Bd. 17 S. 661 ff. Meyer; S. 1296 ff. Hamm; S. 1315 ff. Goldschmidt; S. 1319 v. Campe; S. 1360 Urteil des OLG. Hamm; S. 1464 Lafrenz.

Gerichtssaal. (zit.: GerS.)

Bd. 73 S. 278 ff.: Finger, Kritisches zu den Beschlüssen der strafrechtlichen Abteilung des 29. Juristentages.

Bd. 74 S. 353 ff.: Finger, Kritische Bemerkungen betreffs Änderung des Strafgesetzbuchs.

Bd. 77 S. 134 ff.: Träger, Zwei Fragen zur Strafrechtsreform; S. 10 ff.: Binding.

Blätter für Gefängniskunde.

Bd. 44: v. Michaelis S. 732 ff.; Reichardt S. 35 ff.

Hirths Annalen. Bd. 43 S. 187 Köhler; S. 341 Meyer.

Monatsschrift für Kriminalpsychologie. Bd. 9 S. 197 ff. Seidel.

Das Recht. (zit.: Recht.)

Bd. 10 Köhler S. 334 ff.

Bd. 14 Unger S. 229 ff.

Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages. Berichterstatter Kahl.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (zit.: ZStW.)

Bd. 26 S. 719 Rotering.

Bd. 29 S. 117 Philippsborn.

Bd. 29 S. 463 ff. v. Lilienthal.

Bd. 30 S. 231 ff. v. Lilienthal; S. 385 ff. Österreichischer Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuche (zit.: ÖVE.); S. 113 ff. Vorentwurf zu einem Schweizer Strafgesetzbuch (zit.: SchwVE.)

Verschiedenes.

Reichsanzeiger 1909—1912.

Berichte (Stenographische) über Verhandlungen des Deutschen Reichstags. (zit.: RTV.) Bd. 236, 253, 258, 263, 284, 285, 275.

Entscheidungen des Reichsgerichts. (zit.: RGE.)

Einleitung.

Das dieser Arbeit zugrunde liegende Problem mag in vieler Hinsicht der Originalität entbehren, doch bleibt bei genauerer Prüfung anzuerkennen, daß trotz mancher Anlehnung an Bestehendes und Gewesenes die Entwendung ein eigenartiges Delikt darstellt, sei es nach dem Inhalte oder sei es nach der Stellung im System des Strafrechts, und dies ebensosehr im geltenden Recht wie im künftigen und wie auch gleichermaßen schon in der geschichtlichen Vorentwicklung. In diesem Sinne soll in der vorliegenden Abhandlung in weitester Umspannung zusammengetragen werden, was die Aufstellung dieses Delikts begründet und wie deren Ausbildung sich gestaltet. In jüngster Zeit blieb die Entwendung in unserem Strafgesetze (nach dem RStGB. v. 15. 5. 1871) nur noch beachtet als Mundraub im § 370 Abs. 5. Als einziger Vertreter eines weit umfangreicheren Gebietes war dieser in Wahrheit weit weniger eine gemeine Entwendung, als vielmehr nur eine Entwendung im engsten Sinne. Seiner rechten Erkenntnis hat sich eine reiche Fülle der literarischen Bearbeitung dienstbar gemacht. So ist für ihn auch die geschichtliche Grundlage mehrmals Gegenstand eingehender Untersuchung geworden, und überall ergibt sich, daß der Mundraub im Brennpunkte der zusammengehörigen Erscheinungen steht. Strahlenförmig gehen von ihm Änderungen, Erweiterungen und Verengungen nächstverwandter Begriffe aus. Seine Geschichte ist daher wesentlich auch die gleiche, auf der die Entwendung aufgebaut ist. Einen breiteren Raum nimmt besonders das germanische Institut des geteilten kleinen und großen Diebstahls ein. Von den eingehenden Bearbeitungen der historischen Grundlagen der Nahrungs- und Genußmittelentwendung stehen im Vordergrunde die beachtlichen Arbeiten von Temme, „Über den Betrag des Diebstahls“ und

Tittmann, „Geschichte der deutschen Strafgesetze“. Einzelne Beiträge liefert auch die Dissertation von Möckel: „Der Notdiebstahl“.

Wenn so scheinbar in der teilweisen (aber nur geringen) Wiederholung schon behandelter Urformen Überflüssiges aufgerollt wird, sei zur Rechtfertigung vorausgeschickt, daß eben die Entwendung mit dem Mundraub derselben Wurzel entstammt und der übersichtlichen Geschlossenheit der Darstellung das Zugeständnis der Aufnahme der bei anderer Gelegenheit bereits erörterten Vorgeschichte gemacht werden soll. Dazu berechtigt wohl auch, daß die angeführten Stellen der Volksgesetze hier das negative Ergebnis der Untersuchung darstellen sollen, die darauf abzielte, die Quellen der Entwendung aus Not in der frühesten Vorzeit unseres germanischen Rechts aufzudecken. Die Arbeit hierfür bewegte sich infolgedessen auf einem weit größeren Gebiete, als aus der Darstellung ersichtlich wird, und in anderer Richtung als die früher für den Mundraub geleistete. Und nur scheinbar ist das Resultat der vorgefundenen und neuerrungenen Erkenntnis völlig gleich. Für die jetzt notwendig gewordene Erkundung ergibt sich die Frage: wenn die Volksrechte über die Bewertung der Not und Bedrängnis des Täters nichts sagen, wie mochte dann z. B. bei der absoluten Todesstrafe für Diebe das Gesetz mit dem menschlichen Empfinden in Einklang gebracht werden; welche Wirkungen überhaupt waren dem einzelnen Gesetze innewohnend, wie wurde es insbesondere beeinflußt durch die Rechtsübung? In dieser Richtung soll hier die Lösung gesucht werden. So wird zu beginnen sein mit dem allgemeinen germanischen Urbegriffe des Diebstahls, und seine einzelnen ersten und späteren Spaltungen — soweit sie von Einfluß für die Entwendung waren — werden folgen. Neu und darum nicht uninteressant dürfte eine entsprechende Heranziehung der typischen Bestimmungen aus den angelsächsischen (einschließlich dänischen) Rechten, wie auch eine eingehendere Erörterung des Einflusses kanonischer Rechtssätze sein. Mit diesem Teile setzt auch die eigene geschichtliche Entwicklung der Notentwendung ein. Die Geschichte aus der Zeit der Partikulargesetzgebung ist nur gestreift worden, das mag um so mehr gestattet bleiben, als wesent-

lich Neues von ihr für die Auffassung der Notentwendung nicht herbeigetragen worden ist.

Naturgemäß nimmt das geltende Recht das regste Interesse in Anspruch, und darum ist ihm die weitestgehende Zergliederung zuteil geworden.

Dabei ist in kurzem Abrisse auch der Mundraub nach dem Stande der heutigen Wissenschaft und Praxis so, wie er am überzeugendsten dargestellt wird, behandelt worden, um bei Verweisungen und Vergleichungen eine einheitliche Grundlage der überaus gegensätzlich aufgefaßten Bestimmungen zur Hand zu haben.

Wie aber unser Strafrecht in absehbarer Zeit bedeutsamen Wandlungen infolge der eingeleiteten Gesamtreform entgegengeht, deren Vorschläge bereits vorliegen, erscheint auch eine Untersuchung der Brauchbarkeit der anderweiten Regelung unerläßlich. Damit, sowie im Hinblick auf die für die Heranziehung rückliegender historischer Begebnisse und vorliegender Neuordnungen aufgewendete Arbeit nach Zeit und Energie machte sich aber eine umfassendere Überschreibung notwendig, nachdem die Abhandlung ursprünglich nur die „Notentwendung und ihre Stellung im Strafrechtssystem“ zum Gegenstande der Erörterung machen sollte.

Für die mir zum Kerngedanken dieser Arbeit gegebene Anregung drängt es mich, meinem hochverehrten Rechtslehrer Wirklichem Geheimen Rat Adolf Wach, Exzellenz, auch an dieser Stelle ehrerbietigsten Dank auszusprechen. Ein weit um sich greifendes Gebiet der strafrechtlichen Disziplin machte die Tätigkeit gleich interessant wie belehrend.

Hiermit verknüpft sich die Hoffnung, daß die vorliegende Darstellung zu ihrem bescheidenen Teile beitragen möchte zu einer möglichst umfassenden und geklärten Auslegung des Deliktes der Notentwendung.

Erster Teil.

Geschichtliche Entwicklung.

Die Quelle unseres Diebstahlsdelikts liegt im germanischen Recht. Wie in diesem die agrarische Verfassung der alten Volksstämme sich in der ganzen Struktur erkennen läßt, so zeigt sie sich in hervorragendem Maße in der besonderen Ausgestaltung der Diebstahlsbestrafung. Die auf völligem Neuland arbeitenden Gesetzgeber waren auf die primitive Art einer überaus konkretisierenden Kasuistik angewiesen. So tritt uns in den ältesten Gesetzen, unseren germanischen Volksrechten, unter der weiten Norm „Du sollst nicht stehlen" meist eine Aufzählung von Tierdiebstählen entgegen, die eingeteilt sind in Wertstufen. Als Strafdrohung erfolgt auf eine Entwendung mit steigender Wertstufe entsprechend gesteigerte Sühne. Als klassisches Beispiel erscheint die lex Salica,[1]) das älteste Denkmal unserer Volksrechte. Dort wird z. B. der Diebstahl an Schweinen als einer untersten Wertklasse weiter noch abgestuft für Ferkel, für noch saugende, für nicht mehr saugende, für solche des ersten, zweiten und dritten Wurfs und für den Wurf mit dem Muttertiere. Dann folgen die anderen Tiergattungen in immer höherem Nutzwerte und entsprechend wachsender Buße. Die Ansicht,[2]) es sei bei den alten Germanen der Diebstahl schlechthin mit dem Tode geahndet worden, läßt sich für die ältesten Gesetze nicht halten.

Es ist vielmehr Temme[3]) darin recht zu geben, daß ur-

---

[1]) Osterley, Von den Strafen des Diebstahls nach dem salischen Gesetze.

[2]) Dollmann a. a. O. S. 77.

[3]) Temme a. a. O. S. 9 und ebenso Gaupp, Das alte Gesetz der Thüringer S. 366: Die Strafen an Leib, Gliedern und Freiheit sind wahr-

sprünglich die Todesstrafe für Diebstahl subsidiär angedroht war, wenn der Dieb, entsprechend dem zahlungsunfähigen Totschläger, sich nicht mit Erlegung des Wergeldes zu lösen vermochte.

Festzuhalten bleibt also, daß mit der Einteilung der Diebstahlsobjekte auch eine Differenzierung der Strafe des Diebstahls Hand in Hand ging. Der an kleineren Dingen war minder zu strafen. Und so zeigt sich bei späteren Gesetzen überhaupt unter Fortfall der als zu eng empfundenen Kasuistik eine reinliche Scheidung zwischen einem sogen. kleinen und großen Diebstahl. Die einzelnen Volksgesetze liefern hierzu folgende Beiträge.

Die lex Salica,[4]) die bereits oben als besonders lehrreich gewürdigt wurde, straft nach Art. XXVII de furtis diversis nach ihren Tierwertsklassen mit Geld; desgl. in Art. XXIV den Diebstahl eines Schiffes und Art. XXV einen Nahrungsmittel-(Getreide-)Diebstahl.

Die lex Alamannorum[5]) hat in den Art. VII, XXXI, XXXII, LXX und XCIX gleichfalls nach Tiergattungen abgestufte Kompositionen.

Die lex Wisigotorum[6]) straft in Titel VII den Dieb mit dem Neunfachen und hundert Streichen, möglich ist auch Verknechtung.

Ebenda steht in Art. VIII, 2, 3: Qui in itinere constitutus cuiuscunque forsitan campo applicaverit et ad coquendum cibum aut frigoris necessitate compulsus ignem fecerit, cautus sit, ne ignis longius dilabatur. Aut si in spinis, sive in pabulis siccis, in quibus plerumque flamma nutritur, incendium convalescat, ignem cum crescit extinguat. Quodsi se longius flamma extenderit et messis aut area vel vinea aut domus, sive pomarium incendio concremetur, tantum quantum flamma consumpsit reddere vel componere compellatur quia ignem quem fecerat, neglexerit extinguere.[7]) Daraus folgt, daß der Notdiebstahl an Brennmaterial an sich nicht strafbar war. Zugleich erscheint diese Bestimmung

---

scheinlich in der früheren Zeit nur Surrogate der freda gewesen, wenn der Verbraucher diese nicht zu zahlen vermochte.

[4]) Leges Francorum Salicae et Ripuariorum von Georg. Enardus.

[5]) Monumenta Germ., Merkel, Lex Alamannorum.

[6]) Dahn, Westgotische Studien S. 210.

[7]) Aus Stammler a. a. O. S. 22.

als eine weitere Differenzierung des Diebstahlsbegriffes durch Berücksichtigung des Motivs der Not.

Was die Lex Angliorum et Werinorum, das thüringische Volksrecht,[8]) angeht, so fließen hier die Quellen über den Diebstahl überaus dürftig. Titel VII läßt den einfachen gemeinen Diebstahl gänzlich unerwähnt und beginnt erst mit der Aufstellung von Strafe für den Herdendiebstahl. Deren Art ist immer Geldstrafe.

Mit der Erstarkung der Königsgewalt zeigt sich bei anderen, meist späteren Gesetzen eine sich steigernde Betonung der staatlichen Autorität, die sich äußert in einer Verschärfung der Strafe, deren öffentlicher Charakter gegenüber dem älteren Privatkompositionssystem sich noch bestimmender durchsetzte, das noch vor den oben behandelten Gesetzen seine Geltung gehabt haben soll.[9]) Diese größere Strenge führte für die Strafe des Diebstahls zur Androhung der Todesstrafe. Doch trieb man sie nicht bis zu der Barbarei, jeden Dieb unbesehen zu töten. Der kleine Diebstahl mußte besonderer Würdigung wert erscheinen, mit milderer Strafe ausgezeichnet werden, die zunächst Geldbuße blieb, um späterhin meist „Strafe an Haut und Haar" zu werden. So huldigen solcher Zweiteilung des Diebstahls, teils mit Todes- als Ersatzstrafe, teils als Regelstrafe für den großen Diebstahl:

Nach der lex Frisionum[10]) Titel III (lex Gundobati) beträgt die Diebstahlsstrafe das „Zweifache" des gestohlenen Objekts

---

[8]) Gaupp a. a. O. S. 361 ff.

[9]) Merkwürdigerweise findet sich in den angelsächsischen Gesetzen von König Aethelstan (927—937) noch eine Bestimmung, die in ihrem Grundgedanken aus frühester Zeit herüberragen muß. Liebermann (a. a. O. S. 169 Ziff. 3, 1) besagt: Und jedermann, der will, darf jeden Diebstahl ohne jede Strafe (nur) dem Kläger gegenüber büßen, (von heute) bis zu den Prozessions tagen [weiterhin jedoch bleibt es (das Strafgesetz) wie es zuvor gewesen ist]. Hierzu sagt Anm. 3 (S. 170), daß es sich um den Schutz der forisfactura (Missetat niederen Grades) de quocumque furto handle. — Diese Stelle bedeutet nicht die Möglichkeit einer vertraglichen Unterlassung der Geltendmachung des Klagan spruchs des Klägers, vielmehr ist dem Schuldigen schlechthin möglich, sich jenem gegenüber durch Buße zu lösen. Dann bleibt er ohne jede Strafe, d. h. das öffentliche Strafrecht bleibt latent. Im zehnten Jahrhundert seltsam genug, wo doch sonst der Diebstahl regelmäßig öffentlich gestraft wird.

[10]) v. Richthofen, Monumenta Germ.

und Erlegung des Wergeldes. In der additio Sapientium sagt Wulemarus (Titel II): Siquis caballum furaverit aut bovem ... capitali sententia puniatur, vel vitam suam pretio redimat. — Es will der Weise damit andeuten, daß das Gesetz den großen Diebstahl nicht genügend hervorgehoben habe. Deutlicher tritt die Teilung des großen und kleinen Diebstahls hervor für den stehlenden Sklaven (Titel XII).

Lex Langobardorum[11]): Edictus Rothari cap. 253 ff. Den Dieb trifft Geldstrafe und nur im Ersatzfalle die Todesstrafe.

Gesetze der Angelsachsen[12]): Geldstrafe für den Diebstahl ordnen an: König Ines (688—695) Gesetz Ziff. 7 (S. 93 a. a. O.), König Aethelberts (601—604) Gesetz Ziff. 9 (S. 3 a. a. O.), König Aelfreds Gesetz Ziff. 9, 2 (S. 55 a. a. O.), König Eadwards (921 bis 938) Gesetz Ziff. 3 (S. 131 a. a. O.), König Aethelstans (927 bis 937) Gesetz Ziff. 1 (S. 151 a. a. O.): Für den Diebstahl über acht Pfennige ist das Wergeld zu zahlen.

Ziff. 12, 1 (S. 183 a. a. O.). Der König hatte gehört, daß man Jugendliche und Minderdiebe fast regelmäßig hinrichte „quod ei miserabile videtur". Ihm und seinen witan erscheine es vielmehr gut, solche Diebe nicht mit der schweren Strafe des gemeinen Diebstahls zu belegen. Und so ordnete er Kerker an, mit Erlaubnis der Ablösung gegen einhundertundzwanzig Schillinge.

Ziff. 12, 3. Und der König verordnete auch, daß man niemanden wegen geringeren Betrages als zwölf Pfennigen Werts hinrichte. Nach der Anmerkung zu Ziff. 3, 1 (S. 170 a. a. O.) stellt sich der Diebstahl an solchen kleinen Objekten nur als eine forisfactura, d. h. eine Missetat niederen Grades mit minder schwer zu ahndender Strafe dar. Wohl der Grundgedanke unserer heutigen Übertretungsstrafe.

Lex Burgundionum[13]) Titel IV. Der kleine Diebstahl wird mit dem dreifachen Werte gestraft, der große (an Pferd, Rind usw.) mit dem Tode.

---

[11]) Bluhme, Edictus ceteraeque Langobardorum leges in Fontes jur. Germ. antiqui I.

[12]) Liebermann, Die Gesetze der Angelsachsen.

[13]) Bluhme, Lex Burgundionum S. 534.

Lex Bajuvariorum[14]) Tit. IX cap. 1. Die Geldbuße für den einfachen Diebstahl beträgt das „Neunfache“ des Werts. cap. 9. Der große Diebstahl an Gold, Silber und Vieh von zehn Schillingen Wert und mehr wird mit dem Tode geahndet.

Außerdem[15]) cap. 12. Si quis in [h]orto furtive alicuius intraverit cum 3 solidis componat, et quidquid ibi tulit secundum legem furtivam componat (ita et de pomeriis lex servanda est).

Lex Ripuaria.[16]) Sie bietet die größten Schwierigkeiten, ihre Tendenz zu ergründen. Die von Karl dem Großen verbesserte Ausgabe trägt schon sehr den Charakter eines Flickwerks an sich und enthält darum oft die widersprechendsten Strafbestimmungen. Die lex LXXIX handelt vom gehenkten Diebe schlechthin (seine Erben sollen seine Habe bekommen). Nach der lex LXIII büße er ähnlich dem Totschläger mit dem „Dreifachen“: de homine in hoste occiso. I. Si quis hominem in hoste interfecerit triplici uvergildo judicetur. II. de furto similiter. Und lex XVIII quodsi ingenuus sonesti, id est duodecim equas cum amissario, aut sex scrovas cum verre, vel duodecim vaccas cum tauro furatus fuerit, sexcentis solidis culpabilis judicetur et insuper capitale et delaturam restituat. — Eine Bestimmung, die ihrer Struktur nach späterer Zeit anzugehören scheint als die nahe verwandte lex Francorum Salica und wohl die Züge des Geistes Karls des Großen trägt.

Lex Saxonum,[17]) die um 802—804 als jedenfalls letzte Gesetzgebung der alten Volksrechte erschienen ist, enthält Titel IV de furtis.

VII. Qui in re qualicunque vel interdiu vel nocte trium solidorum pretium furto abstulerit, capite puniatur.

VIII. Quicquid vel uno denario minus tribus solidis quislibet furto abstulerit novies componat quod abstulerit (et pro fredo . . .). Eine überaus klare, weitumfassende Bestimmung, die berufen schien, in ihrer überzeugungsmächtigen Einfachheit eine

---

[14]) Mederer, Beiträge zur Geschichte von Bayern.

[14]) [15]) Merkel, Lex Bajuvariorum in Monum. Germ. hist.

[16]) Georgius Eccardus, Leges Francorum Salicae et Ripuariorum.

[17]) Aus Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen; ebenso Merkel, Lex Saxonum in Titel XXXV u. XXXVI.

neue geschichtliche Entwicklung des Diebstahlsbegriffs in die Wege zu leiten!

Fast ausnahmslos schweigen die germanischen Quellen von der Begehung in Not. Damit ist aber nur gesagt, daß sie in den Gesetzen nicht ausdrücklich hervorgehoben wird. „Hingegen wirkt von Anfang an die Doktrin geradezu bestimmend.“ [18]) Damals galt sicher die Beachtung der Not als lex nata non scripta dem Geiste des Rechts innewohnend.[18])

Mit dem Abschlusse dieser ältesten Volksrechte fällt zusammen das Ende des reinen Agrarstaats der germanischen Stämme. Und notwendig mußten jene hier aufhören, denn wie nun einmal das Recht deutlich die Spuren des Geistes seiner Zeit trägt, konnte es sich infolge der Weiterentwicklung der Staaten nicht in seiner früheren Form behaupten. Das zeigt schon die stufenweise Veränderung von der lex Salica bis zur lex Saxonum. Das beweist noch überzeugender der nunmehr sich durchsetzende Erfolg des Christentums unter der Führung der römisch-katholischen Kirchenpolitik. So zerrissen, wie die staatlichen Verhältnisse sich nun gestalteten, so verwirrend mußte der geistige Niederschlag sich in der Gesetzgebung widerspiegeln. Die Machtprobe zwischen weltlichem und geistlichem Schwerte hat ja jahrhundertelang keiner Partei den Sieg gelassen. Zu einer Unzahl weltlicher Gesetzgeber, der kleinsten Fürsten und einzelner Städte, kamen die geistlichen Würdenträger als anspruchsvolle Machthaber hinzu. Und über die innerpolitischen Bußordnungen hinaus hat die Kirche sich eifrig bemüht, die weltlichen Gesetze mit ihrem Geiste zu erfüllen, wenn nicht gar ganz in ihren Wirkungskreis zu ziehen. So geht ganz die Übersicht verloren, wie weit sich die Kirche mit ihren Ansprüchen Geltung zu verschaffen vermocht hat, wie weit sie gerade auf weltlichem Gebiete in die Gesetzgebung und Rechtsprechung eingreifen durfte. Zumal die Kirche nach ihren oft paradoxen Grundsätzen nicht selten davor zurückschreckte, sich durch Fälschungen zu bereichern. Ihre Organe waren ja auch hervor-

---

[18]) Janka a. a. O. S. 41.

[19]) Janka ebendort: Im Sinne Ciceros oratio pro Milone cap. 4.

ragend befähigt, dank ihrer größeren Gelehrtheit Träger der Wissenschaft zu sein, die auch den weltlichen geistigen Berufen die Arbeitskräfte stellten. Der große Einfluß an den Höfen der Fürsten brachte sie auch gleich an die Quelle der Gesetzgebung. Wie als erstes Volk die damals noch rein germanischen Angelsachsen kirchlichem Einflusse verfielen, so beginnt auch in ihrem Rechte zuerst die Durchsetzung mit römisch-katholischem Geiste. Schon unter König Ine (688—695) findet sich die Bestimmung: Wenn jemand fliehend die Kirche erreicht, so behalte er bei verwirkter Todesstrafe sein Leben, Strafe an Haut und Haar sei ihm erlassen.[20])

Die lex Alamannorum Clothari Titel III bestimmte: Die in die Kirche Geflohenen stehen in ihrem Schutze, sie dürfen mit Gewalt nicht ungestraft zurückgeholt werden. Der Priester soll solche Flüchtlinge dem Fordernden nur herausgeben: si rogat sibi eum reddere et donet legitimum wadium, ut illam culpam illi servo concessam habeat.[21])

Auch die lex Bajuvariorum enthielt diesen Gedanken in Titel II. Nulla sit culpa tam gravis, ut vita non concedatur propter timorem Dei et reverentiam Sanctorum, quia Dominus dixit: Qui dimiserit, dimittetur ei, qui non dimiserit nec ei dimittetur.[23])

Solche alle Autorität des Staates untergrabende Verallgemeinerungen an sich anders gemeinter sittlicher Leitsätze mußten sich selber richten. Was anders war es, als daß die Kirche der Gerechtigkeit, wie der Staat sie übte, in die Arme fiel. Und dieser hat denn auch solche Eingriffe in seine Machtsphäre nicht untätig mit angesehen.

König Aethelstan verordnete im Titel IV Ziff. 6, 1, daß Klostermauern über wenige Tage hinaus nicht schützen sollten, dann wird der Dieb vogelfrei.[23]) Und ähnlich sagt ein sächsisches Kapitulare,[24]) das Capitulare incerti anni (ca. 744) in

---

[20]) Liebermann a. a. O. S. 91.

[21]) Mon. Germ. hist., Merkel, Lex Alamannorum 2. Text.

[22]) Mon. Germ. hist., Merkel, Lex Bajuvariorum.

[23]) Liebermann a. a. O. S. 171.

[24]) Gaupp, Recht und Verfassung der alten Sachsen S. 45.

cap. 21: Homicidis vel ceteris reis qui legibus mori debent, si ad ecclesiam fugerint, nullus eis victus detur. — Freilich, auf wessen Seite der Erfolg war, wird sich bestimmt haben nach der Parömie: wer die Macht hat, hat das Recht.

Freudiger kann man die Bestimmungen der angelsächsischen Könige begrüßen, die, dem Zeitgeiste Rechnung tragend, die Gedanken reiner Menschlichkeit in ihre Gesetze aufnahmen und sich bei all ihrem Wohlwollen in großer Staatsklugheit vor ihren Untertanen die Autorität nicht nehmen ließen. So verfügte König Eadgar Ziff. 1, 2: Und bei der zuzuerkennenden Bußstrafe herrsche soweit Verzeihung, wie es sich vor Gott verantworten und im Staate ertragen läßt.[25]) König Aethelred ließ verkünden Ziff. 3: Und Verordnung unseres Herrn und seiner Witan ist, daß man christliche Menschen nicht für gar zu Geringes zum Tode verurteilen solle und vernichte nicht um geringes Gottes Händewerk und sein eigen Gut, das er teuer erkauft hat.[26]) (Ganz ähnlich auch Ziff. 10, 2 u. 3.)

Der Dänenkönig Cnut schloß sich jenem in diesem Gedanken völlig an und bestimmte[27]) weiter in Ziff. 68: (Von Schwachen) denn stets soll man aus Liebe und Furcht Gottes den schwachen Menschen Urteil und geistliche Buße milder zuerkennen, als den starken, weil Kraftlose, wie wir recht wohl wissen, nicht gleiche Bürde mit dem Kräftigen haben können ... Und deshalb müssen wir ermäßigen und verständig unterscheiden Alter und Jugend, Reichtum und Armut, Freie und Knechte ... bei geistlichen Bußen wie bei weltlichen Urteilen. — Ebenso Ziff. 38, 1.[28])

In Ziff. 35 werden den peregrinis die pauperes gleichgestellt, und beiden wird, wenn sie Bürgen nicht auftreiben können, für den Fall erstmaliger Beschuldigung die Reinigung durch Ordal zugebilligt.[29])

---

[25]) Liebermann a. a. O. S. 201.

[26]) Liebermann a. a. O. S. 239.

[27]) Liebermann a. a. O. S. 355.

[28]) Liebermann a. a. O. S. 339.

[29]) Liebermann a. a. O. S. 337. Im übrigen hält Liebermann für festgestellt, daß ganz im allgemeinen die Armen geringer zu strafen sind (a. a. O. Bd. 2 Lexikon unter „arm 3“).

Damit waren beachtliche allgemeine Grundsätze aufgestellt, die in dankenswerter Weise die notwendige Rücksichtnahme auf die Beweggründe des Täters ermöglichten. Ein Dieb aus Not und anderen entschuldbaren Motiven war in der Strafdrohung vom gemeinen Diebe zweckentsprechend getrennt.

Auf dem europäischen Festlande haben Staat und Kirche diesen Weg des Kompromisses nicht gehen mögen; man muß sagen, wohl sehr zum Schaden der Sache. Denn die um die Vorherrschaft streitenden beiden Autoritäten gefielen sich mehr darin, ihren Willen durchzusetzen, als das nach bestem Wissen und Gewissen brauchbarste Recht zu finden. Während teils die Kirche ihre Rechtssätze auf innerpolitischem Gebiete anwendete, wie z. B. in den Poenitentialien, oder doch wenigstens sich beschränkte, weltliche Normen aufzustellen für kirchliche Hintersassen, wie es in den Hofgerichtsordnungen der Bischöfe geschehen ist, scheute sie sich andererseits nicht, durch Übergriffe für ganze Städte, über die ihr mehr oder weniger Gewalt delegiert war, zu Gericht zu sitzen. So erhielt Straßburg im Jahre 1120 ein Stadtrecht,[30]) in dem bestimmt wird: locus autem judiciorum est in foro juxta sanctum Martinum (cap. 15) — advocatus autem non debet judicare nisi in palacio episcopi, quodsi in domum suam aliquem vocaverit, ille qui non venerit, non ideo quicquam componet (cap. 42). Damit besaß der Bischof eine Art Obergewalt und sicherlich bedeutenden Einfluß auf den Rechtsgang aller Prozesse. In gleicher Weise, wie das Deutsche Reich litt unter dem unheilvollen Einflusse der Erhaltung eines römischen Kaisertums deutscher Nation, darbte auch sein Recht des unerläßlichen national geschlossenen Charakters. Otto III. der Hochstrebende, der die politische Macht in den Händen hatte — setzte er doch selbst den Papst Sylvester II. nach eigenem Gutdünken ein —, stellte sich in seiner Frömmigkeit in eine freiwillige Abhängigkeit unter Rom. Sein sächsisches Weichbildrecht,[31]) das er 999 (denn die andere Lesart 987 ist wohl unmöglich) der Stadt Magdeburg verlieh, huldigt

---

[30]) Zeerleder-Opet a. a. O. S. 13ff. (besonders S. 15 u. 11).

[31]) Das sächsische Weichbildrecht (v. Daniels und v. Gruben).

der Zweischwerterlehre und erkennt eine kirchliche Macht auch über dem Kaiser in manchen Dingen an.

Für das Gebiet des Diebstahls ist in diesem durchaus unter dem Einflusse der Kirche entstandenen Gesetze nichts Besonderes geschaffen worden, doch ist die Einteilung in kleinen und großen Diebstahl erhalten geblieben. Zwar sagt das Gesetz recht wenig, wenn es in Titel XXXVI den Diebstahl für peinlich zu strafende Ungerechte erklärt, aber für die gewohnheitsrechtliche Übung reichte diese Bestimmung aus. Oder man erwartete das wenigstens von ihr, in der Glosse mußte man doch mit der Erklärung, daß eine peinliche Klage eben eine solche sei, die entweder an den Leib oder an Hand, Haut und Haar ginge, manchem unwissenden Gesetzesausleger zu Hilfe kommen. Daraus läßt sich denn ersehen, daß man den Unterschied von großem und kleinem Diebstahl, entsprechend der großen und kleinen Strafdrohung, noch gekannt haben wird. Die Grenze aber ist nicht mehr im Gesetze angedeutet, sie muß also wohl im Gewohnheitsrecht gefunden worden sein.

Auch von der innerkirchlichen Weiterentwicklung des Diebstahlsbegriffs sind einzelne Beispiele beachtenswert, denn bei der weiten Verbreitung, die sie fanden, mußten ihre brauchbaren Gedanken auch den weltlichen Gesetzgebern bekannt werden und sie beeinflussen. Solche Wechselwirkung eignet ja dem ganzen Mittelalter. So findet sich schon um das Jahr 1020 im Hofrechte des Bischofs Burchard von Worms eine zwar nicht originelle, aber weitere Berücksichtigung des Motivs, insbesondere der Not.[32]) Diese Stelle lautet (cap. 32): Si quis ex familia[33]) furtum fecerit, et hoc non pro necessitate famis sed propter avaritiam et cupiditatem et propter consuetudinem fecit, et quod furatus est si quinque solidis appreciari potest, et superari potest . . . ad correctionem malorum constituimus, ut legem sibi innatam propter furtum perditam habeat, et si ab aliquo de aliqua re inculpatus fuerit, non se expurget iuramento sed aut duello aut bulliente

---

[32]) Zeerleder-Opet a. a. O. S. 13.

[33]) Die gegen Zins oder andere Leistungen auf Stiftsgebiet erblich ansässigen, kirchlichem Schutze und Jurisdiktion unterworfenen Personen.

aqua aut ferventi ferro. — Beachtlich ist weiterhin an dieser Stelle, daß sie der Not als verzeihlichem Motiv die Habsucht, das Gelüste und den verbrecherischen Hang, als Gegensätze scharf bezeichnet, gegenüberstellt.

In gleicher Weise haben die Bußordnungen besonders des 8. Jahrhunderts sich die geltenden Diebstahlsbegriffe des weltlichen Rechtes zu eigen gemacht und weiterentwickelt. In den angelsächsischen Bußordnungen sind die Egberts (§ 7)[34]) und Pseudo-Bedas (3)[35]) Belegstellen für die Beibehaltung des kleinen und großen Diebstahls. In besonderer Würdigung der Notlage des Diebes ordnet das Poenitentiale des Pseudo-Egbert c. XXV an[36]): Si homo quis furatus fuerit cibum vel vestimenta, et fames vel nuditas eum coegerit . . . jejunet.

Und ähnlich Poenitentiale Mediolanense VI. Si quis per necessitatem cibum vel vestem furatus sit, in poenitentia erit . . .

Eine Besonderheit zeigt das fränkische Poenitentiale XXXV Capitulorum.[37]) Si quis fecerit furtum semel I annum paenit., si iterum II. Si quis aliena diripit quolibet modo, reddat quadruplum ei cui nocuit. — Das klingt nicht eigentlich wie eine Bußordnung, erscheint vielmehr, schon wegen der Strafe des „Vierfachen", als Wiederholung eines weltlichen Strafgesetzes.[38]) Welchen besonderen Zweck die Kirche damit verfolgt haben kann, läßt sich schwer ergründen. Es erscheint nicht ungerechtfertigt, diese Bestimmung für eins jener Kampfgesetze zu halten, mit denen die Kirche ihren Einfluß auf die öffentliche Strafgewalt zu befestigen strebte, besonders wohl aller der Normen, die sich unmittelbar aus dem Dekalog ergeben.

Ein anderes Beispiel[39]) besonderer Bestimmungen des kanonischen Rechts für den Notdiebstahl enthält die Stelle de consecratione Dist. V c. 3 X. de furtis (5, 18). Si quis propter

---

[34]) Wasserschleben a. a. O. S. 244.

[35]) Ebenda S. 253.

[36]) Ebenda S. 336.

[37]) Wasserschleben a. a. O. S. 514.

[38]) Doch ließe sich diese Strafe auch als eigentümlich ausgedrückte Poenitenz denken.

[39]) Janka a. a. O. S. 49/50.

necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus, poeniteat hebdomadas tres: (et si reddiderit non cogatur jejunare). Die glossa gibt dazu an, daß es sich hier handelt um furtum ex necessitate non multum urgente, also um einen reinen Notdiebstahl und nicht nur einen solchen im Notstande, wozu bereits starke Ansätze vorhanden sind. Zusammenfassend läßt sich über diesen Abschnitt der Entwicklung der Differenzierung des Diebstahlsbegriffs sagen, daß trotz der Zersplitterung der gesetzgebenden Gewalten das Institut der Einteilung in großen und kleinen Diebstahl erhalten geblieben ist und die Kirche der Weiterbildung einige gesunde Bereicherungen zuführte.

Wieder waren es die tiefgreifenden Veränderungen der staatlichen und sozialen Verhältnisse, die nunmehr unter dem Einflusse des Lehnswesens und der damit gegebenen Ständeverschiebungen das Gesicht des Rechts veränderten. Die Fortbildung der Gesetzeserzeugung geschah seit dem 10. Jahrhundert ausschließlich im Wege des Gewohnheitsrechts. Das Zuviel an Gesetzgebern hatte die Übersicht stark vermindert, und ein geordnetes Zusammenleben konnte nur verbürgt werden durch Schaffung eines zeitgemäßen, gemeingültigen Strafrechts. Diesem Zwecke dienten in hervorragendem Maße die Rechtsbücher.

Für die Behandlung der Diebstahlsgestaltung nahm der Sachsenspiegel[40]) die nun seit über 400 Jahren geltende Einteilung in großen und kleinen Diebstahl an. II, 13:

> Un vornemet vmb vngerichte / Welch gerichte dor obir geth / den diep sal man hengen / Geschuht abir in eynez dorffe des tagis eyne (dube) die mynner wēn drey schillinge wert ist das muez der buermeister wol richten des selben tages zcu hut und zcu hare ad' mit dreyen schilligē zu loszen so blibet yēner erlosz vnd rechtelosz das ist dz hochste gerichte das der buermeister hat.

Die alte Grenze der drei solidi der lex Saxonum findet getreulich ihre Wiedererstehung in den drei Schillingen dieser Gesetzesbestimmung. Für den qualifizierten Diebstahl zur Nacht-

[40]) Ausgabe von 1474.

zeit ist die Unterscheidung des kleinen und großen Diebstahls nicht anerkannt. Es sagt nämlich die Glosse darüber: Von nachtdube sait er hie nicht / daz ist dorumbe wer des nachts den andern in seynem huse begrift dz verslossē wz̄ e habe gestalen adir nicht is geth em an den lip /. Disz ist dorumbe welche boszheit aller gemeynest ist / der sal man serer sturen.

Der Diebstahl zählt, wie immer schon in seiner Vorentwicklung, zu den schwersten Verbrechen mit stets öffentlicher Strafe. Räuber und Mörder mochten sich durch Komposition freimachen, für den Dieb bleibt immer nur die peinliche Strafe angedroht.[41])

Der Schwabenspiegel[42]) zeigt von dieser Auffassung nicht unbedeutende Abweichungen. Wenn auch nach Art. 149 bestimmt ist, den Dieb soll man hängen, und für den Minderdieb — hier für Objekte unter fünf Schillingen Wert — gleichfalls die Strafe an Haut und Haar gesetzt ist, so ist es doch nach Schwabenrecht statthaft, dieser kleineren Strafe im Wege der Komposition mit fünf Schillingen frei zu werden. Ehr- und rechtlos bleibt der Dieb aber unbedingt. Noch weitere Milderungen, zum Teil nicht ohne Widerspruch zu Art. 149, enthält Art. 172 (von Richtern, wie die richten sullen [Zeile 39]): Daz ich nu sprechen wil, das ist von Gnaden: unde wird die diupheit bî im begrifen, unde wil man in lassen genesen, er soll zwifalt gelten (Zeile 34). Swer einen Ochsen stilt oder ander dinc, der sol es viervaltic gelten (Zeile 101). Gêt ein man in einen wîngarten, er sol der wînber ezen als vil als im gevalle unde sol ir dar uz niht tragen, unde gêt ein man in einen esch, er sol der eher brechen mit sîner hant unde ribe die unde eze des korne, ob in hungert, unde snîde sin niht.

Im Gegensatz zum Sachsenspiegel steht Art. 173 (Der nahtes korn stilt), denn es werden hier großer und kleiner Diebstahl auch bei diesem qualifizierten Falle geschieden und entsprechend geahndet mit Todesstrafe und bloßer Verstümmelung. Aber einen Nachtdieb soll man zu Recht aus der Gewalt der Kirche ziehen

---

[41]) So Dollmann a. a. O. S. 77.

[42]) Ausgabe von Wackernagel.

dürfen. Entgegen der allgemeinen Tendenz des Art. 277, nach dem jedweder, der den Ring an der Kirchentür zu erfassen vermochte, der Kirche Frieden haben sollte, aus dem ihn auch kein Richter ziehen durfte. Nur aus der Hand des Pfarrers kann jener ihn empfangen, der ja freilich dem Richter „an sin gewahrheit helfen soll". Dieser besondere Standpunkt des Schwabenspiegels ist ja nur der Ausfluß der grundsätzlich verschiedenen Auffassung der Stellung der Richtergewalt zur kirchlichen Autorität in diesen beiden Rechtsbüchern.

Auch in die italienische Schule ging der Begriff des kleinen und großen Diebstahls über; er ließ sich auch durch die Rezeption des römischen Rechts nicht verdrängen.[43]) Man hätte auch wirklich keinen Grund gehabt, die bereits so fest eingewurzelten und so vielseitig durchdachten Bestimmungen über den Diebstahl mit den gerade hier so kargen römischen zu verdrängen. Ja selbst die CCC. hat den großen und kleinen Diebstahl beibehalten: Art. 157 CCC. (Von Diebstal):

> So einer erstlich gestolen hat unter fünff Gülden Wehrt / und der Dieb mit solchen Diebstal / ehe er damit in sein Gewahrsam kommt / nicht beschrien (berüchtigt) oder betreten würde / auch zum Diebstal nicht gestiegen / oder gebrochen hat / und der Diebstal unter fünff Gülden wehrt / ist ein heimlicher und geringer Diebstal / und wem solcher Diebstal nochmals erfahren wird / und der Dieb mit oder ohne Diebstal einkommt / so soll ihn der Richter darzu halten / so es anderst der Dieb vermag / den Beschädigten den Diebstal mit der Zweyfach bezahlen. Wo aber der Dieb keine solche Geldbuß vermag / soll er mit dem Kerker / darinn er etliche Zeitlang liegen soll / gestrafft werden.

Selbst bei Kirchendiebstählen, bei denen nach Art. 174 CCC. weniger Barmherzigkeit bewiesen werden soll als in weltlichen Diebstählen, soll nach Art. 175 der Diebstahl in Hungersnot, auch an geweihten Dingen und Stätten begangen, nur als welt-

---

[43]) vgl. Temme a. a. O. S. 42.

licher Diebstahl angesehen werden. Das bedeutet eine erheblich weitere Auslegung des Art. 166, der über „Stelen in rechter Hungersnot“ handelt. Und nach einem Schlusse e majori ad minus ergab sich, daß, wenn man schon beim schweren Kirchendiebstahle für den Fall der Hungersnot den Dieb ungeachtet der religiösen Befriedung der entwendeten Objekte geringer straft, den Dieb an weltlichem Gute erst recht für den Fall der Hungersnot milde Sühne treffen müsse.[44]) Das vom kirchlichen Einflusse geförderte Notrecht erscheint hier etwas gekünstelter und enger. Darum bemühen sich auch die Kommentatoren der CCC., der Überzeugung Geltung zu verschaffen, die CCC. wolle mit der Hungersnot nur ein kasuistisches Beispiel geben, dem zumindest die necessitas nuditatis gleichzuachten sei.

So sagt Kreß in seinem Kommentar zu Art. 166 in N. 3, nach Erwägungen über eine weite Auslegung der Hungersnot an sich (N. 2), eanden dicenda ex mente Caesaris, si quidam frigus sufferunt, atque integumenta, lignum etc. emere non valentibus desunt.

Und N. 4: Sed quid si fur non esculenta, sed alias res abstulit? mihi casus ceteris paribus differe non videntur. Damit kommt er zum Ergebnisse des oben angedeuteten Schlusses e majori ad minus. — In gleichem Sinne äußert sich Carpzow in seinen practica nova, pars II quaestio LXXXIII N. 46: Deinde etsi ... art. 166: Ord. crim. proprie loquatur de necessitate famis, quin tamen de nuditate corporis, si nempe propter eam quis vestem furatus fuerit, idem judicium esse debeat, dubitandum non est. — Cui accedit ratio identitatis, quae furem a poena suspendii eximit, etenim haec non minus in nuditate corporis, quam periculo famis obtinet. (abservatio III) certe frigoris rationem habent Stephani, Kressius, allique. Morstadt, Kommentar zu Feuerbach, meint ebenso in § 321 N. 1, daß der Gesetzgeber mit dem „essend Ding“ nur ein Beispiel habe geben wollen.

Auch Remus hat in seiner „nemesis Carolina“ den gleichen Standpunkt vertreten: In der Paraphrase zu Art. 166 heißt es:

---

[44]) So z. B. Mittermaier, Noten zu Feuerbach § 321 N. 1.

necessitas, quae omnes solvit leges. igitur si quis per diram fameu aut frigus diuturnum et insolvens, quae maxima vitae incommoda, cum uxore et sobole vincire aliter non possit cibaria, obsonia, vestes surripiat; siquidem furtum rei magnae et manifestum sit, de poena Iudices, quos opus est, consulent.

Zudem hatte die CCC. ohnehin zunächst nur subsidiäre Geltung,[45]) wenn auch in hervorragendem Maße, so daß der gewohnheitsrechtlichen Auslegung freiester Spielraum blieb.[45])

Ein Wendepunkt in der Würdigung des Notrechts erscheint hier besonderer Beachtung wert. Er ist gegeben in einer Verengerung des Begriffs „rechter Hungersnot“ zu äußerster Not. Man will nur noch eine suprema necessitas als privilegierend anerkennen. Das weitergefaßte Notrecht wird zum Notstandsrecht. Und damit wird Jankas Satz[46]) wahr: „Der kanonische Notdiebstahl ist für die Doktrin geradezu verhängnisvoll geworden“. Zwar nicht unmittelbar, aber in der Beschränkung der Auslegung nach der CCC. Am entschiedensten spricht Mittermaier in seinen Noten zu Feuerbach § 321 diese Forderung aus: Es müsse gegeben sein die höchste Not, bloße Armut könne nicht genügen.

Noch das preuß. allgem. Landrecht hielt an dem nunmehr tausendjährigen Institute eines kleinen und großen Diebstahls fest, indem es in Art. 1124 II, 10 die Entwendung im Betrage von „fünf Thalern und darunter“ nur polizeilich mit Gefängnis bis zu vier Wochen straft.

Selbst die Strafgesetzbücher der deutschen Einzelstaaten behielten die Teilung des Diebstahls bei. So bestimmte Art. 333 sächs. StGB. von 1855 für die Entwendung geringwertiger Gegenstände nur eine Geldstrafe bis zu 10 Talern. Nur das preuß. Strafgesetzbuch verließ, in seiner bedauerlichen Anlehnung an den zum Vorbild genommenen Code Pénal, die altgewohnte Zweiteilung.

---

[45]) D. h. nur im Rahmen der salvatorischen Klausel, also nicht für neues Partikularrecht, nur teilweise hatte sie die Tendenz absolut gemeinen Rechts. So bei Heilfron S. 389.

[46]) Janka a. a. O. S. 51.

Die Reichsgesetzgebung nahm, wohl nach dem Satze handelnd, bis dat qui cito dat, das preuß. Strafgesetzbuch in knapper Überarbeitung als Reichsstrafgesetzbuch an. So mußte denn mit mancher Novelle an dem alten Aufbau nachgebessert werden, bis man einsehen mußte, doch endgültig mit dem alten, zu oft veränderten Reichsstrafgesetze aufräumen zu sollen und ein dem Stande der zeitgemäßen Anforderungen passenderes Recht neu aufzurichten. Reizten einmal dazu die gleichzeitigen Bestrebungen des Auslandes, so mußte andererseits den in der deutschen Geisteswelt seit den letzten Dezennien in überaus gesegneter Fülle sich bietenden Anregungen für ein gesundes neues Strafrecht die Tat folgen.

Zuvörderst gilt es, den noch vorhandenen fremden Einfluß auf unser deutsches Strafgesetz zu beseitigen, denn über die obenerwähnte Anlehnung des Diebstahlsbegriffs an den französischen hinaus hatte der politische Sieger von 1813 auch ganz allgemein sich freiwillig zum Lehnsträger des Geistes des französischen Rechts gemacht. Dem so entstandenen Reichsstrafgesetzbuche hat man nicht unberechtigt den Vorwurf gemacht,[47]) daß es, entsprechend seinem Vorbilde, zu großen Wert auf den Schutz kapitalistischer Interessen gelegt und die ethischen zu sehr vernachlässigt habe. Das ist oft angeführt worden für die Anregung zur Schaffung besserer Maßnahmen gegen Angriffe auf die Ehre, läßt sich aber in gleicher Weise geltend machen hinsichtlich der einseitigen Bestimmungen über den Schutz der Vermögensrechte, an denen fast alle sittlichen Forderungen wie an einem rocher de bronce, insbesondere solche für die Würdigung der Notlage schuldhaft Handelnder, wirkungslos abprallten.

Bei der dem deutschen Staate seit jener denkwürdigen Großtat der „Kaiserlichen Botschaft“ eigenen, unter den Völkern einzigartigen Stellung zur sozialen Fürsorge mußte eine Beeinflussung auf das geltende andersgeartete Strafrecht übergreifen. Der Geist der Zeit mußte ihm wieder zur Grundlage werden. So scheint gerade das deutsche Volk berufen, in der Gesetzgebung

---

[47]) Wach, Rektoratsrede, Leipzig 1902, S. 36—39; Kohler, Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform Heft 11 S. 14.

unserer Zeit eine führende Stellung einzunehmen. Bei der schroffen Gegensätzlichkeit der erhobenen Forderungen für die Neugestaltung muß es mit Genugtuung begrüßt werden, daß bei dem jetzigen Stande der Vorarbeiten den Vertretern der verschiedenen großen Richtungen ermöglicht worden ist, gemeinsam mitzuarbeiten. Und es bleibt nur zu hoffen, daß nicht Kleinlichkeit dem großen Werke seinen baldigen Abschluß hemme.

Zweiter Teil.

Der Notdiebstahl nach dem Reichsstrafgesetzbuche v. 15. Mai 1871.

Bei der Regelung der Gestaltung des Diebstahlsdelikts mußte die Frage der Unterteilung in kleinen und großen Diebstahl, wie sie seit tausend Jahren dem deutschen Rechte eigen gewesen war und in den Partikulargesetzbüchern der außerpreußischen deutschen Staaten noch galt, entschieden werden. Man entschloß sich von der Zweiteilung abzusehen und bestimmte im § 242 die Bestrafung des Diebstahls ganz allgemein. Es sollte künftig dem richterlichen Ermessen anheimgestellt sein, den Wert des gestohlenen Guts bei der Strafzumessung gebührend zu berücksichtigen, da eine feste Wertgrenze nur zu leicht wiederum Härten schaffen kann. Wenn also einerseits den Motiven darin recht zu geben ist,[1]) „daß die gesetzliche Abstufung der Strafe nach dem Werte nicht selten in dem Grade der Verschuldung des Diebes selbst keine Unterstützung findet, vielmehr die Werthöhe von vielen Zufälligkeiten abhängig ist, die außer dieser Verschuldung liegen, und bei der Berechnung des Werts gestohlener Sachen erhebliche Streitfragen auftauchen, die eine sichere Anwendung des Gesetzes gefährden",[2]) — so ist es andererseits bedauerlich, daß dieser implizite bewußt gewordenen Erkenntnis der Beachtlichkeit des Verschuldungsgrades nicht schon vom Gesetzgeber deutlicher Ausdruck verliehen wurde.

Ganz gesonderte Strafrahmen mit unterschiedlichen Strafarten hätten geschaffen werden müssen.[3]) Die Verurteilung zu hoher

---

[1]) Puchelt a. a. O. zu § 242.

[2]) Wach, Artikel „Legislative Technik" in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 34.

[3]) And. M. Rotering in ZStW. Bd. 26 S. 719. Vgl. aber in obigem Sinne gefaßt Finger im GerS. Bd. 73 Aufsatz: „Kritisches zu den Beschlüssen der strafrechtlichen Abteilung des 29. DJT." S. 278; Meyers

oder niederer Strafe genügt nicht zur Unterscheidung. Das Schweigen des Gesetzes bleibt bedauerlich, und das Gerechtigkeitsgefühl verlangt zu wissen, wie sich denn die kleineren Rechtsverletzungen beim Diebstahle von den schweren und schwersten abheben.[4])

Aber eine solche Differenzierung beruhte auf ethischen Momenten, und für solche Erwägungen hatte man damals nicht viel übrig.

Mit dem Fortfalle der Einteilung nach dem Werte an sich hat sich auch die weitergehende Ansicht allgemein durchgesetzt, daß das Diebstahlsobjekt überhaupt keinen Wert zu haben brauche. Trotzdem neuerdings Doerr[5]) in ausgezeichneter Form versucht hatte, die ältere Vermögensdeliktstheorie zu halten, muß doch der heute in Wissenschaft wie Praxis allgemein gültigen Eigentumsdeliktstheorie, wie sie von Gebauer[6]) zusammenfassend dargestellt worden ist, der Vorzug gegeben werden (d. h. nur für die lex lata!). Nach ihr ist die Eigentumsverletzung als solche geschützt, ein Vermögensschaden aber nicht erforderlich, also auch völlig wertlosen Objekten der Schutz der Diebstahlsahndung zugesichert. Zueignung und Bereicherung sind überhaupt nicht

---

These 2: Es empfiehlt sich nicht, für unbenannte mildere oder schwere Fälle besondere Strafrahmen bereitzustellen, vielmehr sind die Strafrahmen so weit zu spannen, daß jeder denkbare, dem gesetzlichen Tatbestande entsprechende Fall ungehindert gewürdigt werden kann. — Hiergegen wurde angenommen der Vorschlag Hamms S. 280 These 1: Der Strafrahmen ist für den regelmäßigen Fall aufzustellen und für die schwereren eine Erhöhung der Strafe über den Strafrahmen, für die leichteren eine Erniedrigung der Strafe unter den Strafrahmen vorzuschreiben (im Wortlaute anders wiedergegeben von Ref. Phillipsborn in ZStW. Bd. 29 S. 117). Im gleichen Sinne äußert sich Hälschner a. a. O. S. 456.

[4]) Wach, „Legislative Technik“ in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 25: Der heutige Diebstahl ist ein Formaldelikt, ohne Rücksicht darauf, „ob Motiv und Zweck edel oder doch entschuldbar, ob er niedrig, ja gemein“. So hat er zur Folge eine „erhebliche Irreleitung des Rechtsgefühls“. (Nur RGVG. § 27, 4 legt dem Werte des gestohlenen Objekts eine kompetenzbestimmende Bedeutung bei; Wach, Vorlesung § 90.)

[5]) Doerr a. a. O. in Strafrechtl. Abhandl. von Bennecke Heft 3/4.

[6]) Gebauer a. a. O.

identisch;[7]) während Zueignung eine Handlung ist, bedeutet Bereicherung auch ihren möglichen Erfolg. Wenn der Neger Freitag seinem Schutzherrn Robinson Crusoe einen von seinen selbstgefertigten Tellern entwendet, dann eignet er sich denselben zu, aber von einem Bereichertsein kann man im Hinblick auf die Wildheit und Kulturfremdheit Freitags wohl nicht gut sprechen. Aber trotz der Wegnahme eines wertlosen Objektes würde man ihn noch immer mit Recht als Dieb ansprechen.

Auch die Motive[8]) kann Doerr nicht für seine Meinung in Anspruch nehmen — er tut es ja auch indirekt und nur recht zaghaft[9]) —, denn nach ihnen wird von der gewinnsüchtigen Absicht neben der widerrechtlicher Zueignung Abstand genommen, teils weil sie überflüssig, teils geradezu falsch erscheine.[9]) Das bedeutet die Inkongruenz beider Absichten, und da der engere Begriff der Gewinnsucht ausgeschaltet wird, bleibt nur der weitere der Zueignung in Geltung. Doch zeigt sich gerade hierin, daß es nach § 242 leider nur allzu wahr ist, das Erfordernis der Gewinnsucht ausschalten zu müssen, der lähmende Formalismus. Nichts erscheint hierbei der reinen Vernunft ungereimter als die Unmöglichkeit, Minderdiebe, für die man sich fast durchweg scheut, sie überhaupt mit dieser Bezeichnung zu belegen, reinlich vom habgierigen, frivolen Diebe zu scheiden. Darum bleibt es unverständlich, daß von dem alten Begriffe des Notdiebstahls sich nichts in das Reichsstrafgesetzbuch hinüberrettete als der Mundraub des § 370 Abs. 5.

Als ob man aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Bestimmung nichts gelernt hätte, nahm man sie ähnlich der engsten

---

[7]) Dazu führt aber Doerrs Ansicht, wenn er a. a. O. S. 83 dem Sich-Zueignen gleichsetzt „ein wirtschaftliches ökonomisches Handeln, welches auf ökonomische Vorteile abzielt“ und S. 79 solches Handeln der Bereicherungsabsicht entspringen läßt. Noch deutlicher wiederholt er sich S. 163, wo er Zueignung und Bereicherung identifiziert.

[8]) Puchelt a. a. O. zu § 242.

[9]) Doerr a. a. O. in Strafrechtl. Abhandl. von Bennecke Heft 3/4 S. 123; denn S. 118 sagt er, daß wie im Sinne der Motive so auch in seinem die Hervorhebung der Bereicherung überflüssig sei, nicht aber nimmt er dazu Stellung, daß die Motive sie als geradezu falsch bezeichnen, und das ist das Ausschlaggebende bei der damaligen Normierung gewesen.

Lesart der CCC. Art. 166 (rechte Hungersnot) auf. Doch besteht hier der gewaltige Unterschied, daß die CCC. dank der salvatorischen Klausel, die die alten wohlhergebrachten rechtmäßigen und billigen Gebräuche bestehen und neues Partikularrecht wenigstens praeter legem Carolinam aufkommen ließ, damit nicht einzige Quelle alles Rechts war und auch wohl nie so eng ausgelegt wurde, daß man nur „essend Ding" schützen wollte,[10]) während das Reichsstrafgesetzbuch als Kodifikation, soweit das Reichsstrafrecht in Frage kommt, und bei seinem Verbote der Anwendung der Analogie zur Gesetzesfindung (§ 2) jede Erweiterung des § 370 Abs. 5 über den Mundraub hinaus ausschließt. Ein Versuch[11]) — während der Aufstellung dieser Vorschrift — sie auf Feuerungsmaterial oder Sachen zu erweitern, die nur einen ganz geringen und die gar keinen Wert haben, wurde fallen gelassen, nachdem die Regierung sich bereit erklärte, die Mindeststrafe für den Diebstahl auf einen Tag Gefängnis herabzusetzen. In dieser Verengung des Notdiebstahls zum Mundraub hatte die Verbildung dieses Instituts stattgefunden; sollte die Rückbildung weiterer Ausdehnung durchgeführt werden, so war notwendig auf der gleichen Grundlage mit einem Weiterausbau des Mundraubs wieder zu beginnen.

Darum ist zunächst die Stellung des Mundraubs selbst zum Diebstahl in den Hauptgrundsätzen zu untersuchen. Sie ist durch eine überaus große Literatur erörtert worden.

Die Hauptfrage betrifft die Abgrenzung des Geltungsgebietes beider im allgemeinen. Ist der Mundraub ein Sonderdelikt[12]) oder eine privilegierte Unterart[13]) des Diebstahls? Das Wort „entwenden", wie es der § 370 Abs. 5 enthält, umfaßt zunächst

---

[10]) vgl. oben die Kommentare zur CCC.

[11]) StenB. über Verhandl. des Reichstags des Nordd. Bundes Bd. 2 S. 770.

[12]) Schlosky a. a. O. S. 3; Meyer-Allfeld, Deutsches Strafrecht 7. Aufl. S. 519; v. Liszt, Komm. zu § 370, 5.

[13]) Olshausen, Komm. zu § 370, 5a; Schwarze, Komm. zu § 370, 5; Meves, Strafgesetznovelle zu § 370, 5 N. 36 S. 325; Berner, Lehrb. S. 549; Oppenhoff, Komm. zu § 370, 5 N. 17; Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 370, 5 V und RGE. Bd. 3 S. 423, Bd. 5 S. 405, Bd. 6 S. 327, Bd. 14 S. 312, Bd. 24 S. 38ff.

sicher das Wort „stehlen“. Ein Diebstahl liegt demnach vor, und zwar ein infolge der Geringfügigkeit des Objekts und des leicht entschuldbaren Motivs alsbaldiger Befriedigung privilegierter. Ob man aber unter dem „Entwenden“ auch die Unterschlagung zu verstehen habe, blieb in der Literatur ungenügend geklärt. Logik und grammatische Auslegung schienen allerdings dazu zu führen, doch hat die Praxis und ein Teil der Wissenschaft das nicht anerkannt.[14])

Soweit man geneigt ist, unter der Entwendung auch die Unterschlagung einzubegreifen, ist für die Ausdehnung auf die Begehung im Amte (§ 350) doch überwiegend Ablehnung erfolgt.[15]) In gleicher Weise, wie die Lehre vom Irrtum in der Strafrechtswissenschaft eine feste Form noch nicht erlangt hat, ist ihr Einfluß auf die einzelnen Delikte noch immer ein Gegenstand lebhaften Streites. Noch immer bleibt der Satz Kliens[16]) annehmbar: Kann der Dieb erweislich machen, daß er nicht so viel habe stehlen wollen, als er weggenommen, so hört der eigentliche Diebstahl da auf, wo die diebische Absicht aufhört . . . daß jedoch immer ein bestimmter Vorsatz erforderlich, eine Sache von geringer Bedeutung zu stehlen.

Damit stimmt auch überein, was Mittermaier in den „Noten zu Feuerbach“ § 327 N. 6 sagt: in den meisten Fällen wird dolus indeterminatus da sein, allein oft kann es auch dem Dieb zum Vorteile kommen, wenn entschieden er nur eine Sache von geringem Werte stehlen wollte und irrig mehr stahl.

Das Reichsgericht hat hierzu für das geltende Recht in seiner Entscheidung Bd. 3 Nr. 62 S. 165 ff.[17]) Stellung genommen

---

[14]) RGE. Bd. 24 S. 38.

[15]) Olshausen, Komm. zu § 870, 5a S. 1496; v. Liszt, Komm. zu § 370, 5; derselbe, Lehrb. 16./17. Aufl. S. 438; Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 308; Schlosky a. a. O. S. 25; and. M. Frank § 370, 5 V (in der 7. Aufl.), weil das Gewahrsamsverhältnis auch für Beamte eine strafmildernde Wirkung ausüben müsse.

[16]) a. a. O. S. 333.

[17]) Es handelt sich in dieser Entscheidung um den bekannten Fall, daß der hungrige Täter von einem auf der Straße unbewacht stehenden Milchwagen ein Bündel wegnahm, in dem er das Frühstücksbrot des Milchhändlers vermutete, das aber tatsächlich einige Stücke Butter enthielt.

und sich anders dahin entschieden, daß einmal seltsamerweise der Dolus des Eßwarendiebstahls tatsächlich einen gemeinen Diebstahl herbeiführen könne, wenn der Entwender das Objekt nicht vorsichtig genug untersucht, um seiner Genießbarkeit sicher zu sein, daß aber außerdem ein bei der Wegnahme unterlaufender Irrtum hinsichtlich des Gegenstandes keinen Schutz für den Täter gewährt.

Häufig wird bei der Erkenntnis des „Mehr" im Betrag des erlangten gegenüber dem begehrten Objekte die Rückgabe verlangt. Behält es aber der Dieb, so stellt der Teil, der nicht Gegenstand des Diebstahls sein sollte — also ohne eigenmächtige Entziehung aus fremdem Gewahrsam in seinen Besitz kam und darin verbleibt —, das Objekt einer Unterschlagung dar.[18])

Da mit dem sofortigen Entschlusse der Rückgabe des zuviel Erlangten das Delikt der Unterschlagung nicht zur Entstehung kommt, wird deutlich, daß es sich andrerseits beim Unterlassen der Rückgabe um die Wirkung eines zweiten vollkommen neuen Entschlusses handelt, dessen Ausführung mit dem ersten realiter konkurriert.[19]) In gleicher Weise wie beim Irrtum im Betrage ist auch beim Irrtum im Objekte selbst (Wein statt Wasser) von Fall zu Fall zu entscheiden, ob der Dieb den größtmöglichen Erfolg riskieren wollte, oder einen bestimmten kleineren. Irrt aber der Dieb in der Qualität des angegriffenen Objekts derart, daß er einen Gegenstand nimmt, der zum Mundraub schlechterdings untauglich ist, so liegt nur ein strafloser Versuch vor,[20]) soweit der Täter nicht durch nachfolgendes Behalten sich der Unterschlagung schuldig macht. Hat aber der Dieb weniger erlangt, als sein Dolus erstrebte, so ist dieses Verhalten als Straferhöhungsgrund in Rechnung zu ziehen.[21])

Von ganz besonderem Interesse ist die Frage, ob man für den

Ähnlich wie das Reichsgericht entscheidet übrigens auch Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304.

[18]) Schlosky a. a. O. S. 34; Temme a a. O. S. 64/71; nicht gebilligt vom Reichsgerichte in Entscheidungen Bd. 3 S. 165 und Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304.

[19]) Temme a. a. O. S. 71.

[20]) So Schlosky a. a. O. S. 34; and. M. RGE. Bd. 3 S. 165 ff.

[21]) So Temme a. a. O. S. 71.

Mundraub die Qualifikationen des Diebstahls gelten lassen wolle. Faßt man jenen als Sonderdelikt, dann erscheint das an sich unmöglich. Aber selbst für den Fall, daß der Mundraub nur ein privilegierter Diebstahl ist, bildet er seiner ganzen Natur nach ein so selbständiges Delikt, daß man, dieser Eigenart Rechnung tragend, die Qualifikationen der §§ 243, 244 nicht auf ihn anwenden kann.[22]) Diesen Standpunkt rechtfertigen — nicht beweisen! — auch die Motive: „Noch ist zu erwähnen, daß die Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach den Vorschriften dieses Paragraphen zu beurteilen sind". Damit ergibt sich die Möglichkeit, daß Mundraub mit einfachem und schwerem Diebstahle konkurrieren kann.[23]) Auch fällt § 370 Abs. 5 nie unter den räuberischen Diebstahl nach § 252,[24]) geht aber andererseits unter, wenn die Tatbestandsmerkmale des Raubes erfüllt sind, denn dann gilt dessen selbständiger weitergehender Strafanspruch (§ 249).[25])

---

[22]) So die Ansicht der Vertreter der Lehre, Mundraub sei privilegierter Diebstahl (vgl. Anm. 13 dieses Abschnitts und Motive in Sammlg. sämtl. Drucks. des Reichstags des Nordd. Bundes 1870 Bd. 1 S. 151); and. M. Binding und wenige andere (z. B. Finger im GerS. Bd. 74 S. 353); Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304; derselbe, Handb. Bd. 1 S. 334. Doch sagt Binding im Handb. S. 334: „Bedauerlicherweise ist nicht nur oft zweifelhaft, ob zwei Rechtssätze im Verhältnis von Regel und Ausnahme stehen oder nicht, sondern auch bejahendenfalls, wie weit die Regel von der Ausnahme durchbrochen wird. Zur Lösung des letzten Zweifels ist genau zu untersuchen, wie weit der Grund der Ausnahme nach der Auffassung des Gesetzgebers reichen muß und wie schwer er in dessen Meinung wiegt". Gerade diese Worte sind aber ebenso gut dazu angetan, im Gegensatz zu Binding aus ihnen zu folgern, der Gesetzgeber wollte die Regelstrafe mit § 370 Abs. 5 auch ein qualifiziertes Begehen durchbrechen.

[23]) So allgemeine Meinung; auch RGE. Bd. 30 S. 68/69.

[24]) Doerr a. a. O. S. 158 N. 1; Olshausen a. a. O. § 252 (2) und § 370, 5a; v. Liszt, Komm. zu § 370, 5; Frank, Komm. zu § 252, 2; Puchelt a. a. O. Mot. zu § 252; and. M. Oppenhoff a. a. O. zu § 370, 5 N. 21; RGE. Bd. 6 S. 325ff., Bd. 13 S. 391; Schwarze bei § 370, 5 (anders bei § 252).

[25]) Olshausen a. a. O. § 249 N. 2; Meves, Strafgesetznovelle zu § 370, 5 N. 35 S. 324; Oppenhoff a. a. O. § 370, 5 N. 21; Frank (7., 8./10. Aufl.) zu § 370, 5 V; v. Liszt, Komm. zu § 370, 5; Schwarze a. a. O. zu § 370, 5; Meyer-Allfeld, Lehrb. Bd. 3 S. 521.

Zu den zahlreichsten Kontroversen führt weiterhin die Abgrenzung der Konkurrenzfälle zwischen Einbruchsdiebstahl und Mundraub derart, daß ihre Hauptgrundzüge doch der Festlegung bedürfen. Ein Mundraub mittels Einbruchs und Einsteigens und Erbrechens von Behältnissen bringt § 370 Abs. 5 in Realkonkurrenz mit Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch.[26]) Für den Mundräuber, der Nachschlüssel verwendet oder Waffen bei sich trägt, muß es mangels einer besonderen Bestimmung bei der einfachen Strafe aus § 370 Abs. 5 verbleiben.[27]) Steigt der Täter ein oder erbricht er, um Nahrungsmittel zu entwenden, und nimmt er z. B. bei der Ausführung entdecktes Geld außerdem mit weg, so begeht er neben einem Mundraub, zu dem er ohne Strafschärfung einsteigen darf, nunmehr noch einen einfachen Diebstahl; beide Handlungen grundsätzlich in Realkonkurrenz, aber nach § 77 in Durchbrechung des Exasperationsprinzips mit gesonderter Erkennung beider Strafarten.[28]) Das Reichsgericht hat besonders in seinen Entscheidungen Bd. 3 S. 423 Nr. 163 und Bd. 14 S. 312 ff. Nr. 78 den eigentümlichen Standpunkt vertreten, daß der neu hinzukommende Entschluß, nach dem Einsteigen die diebische Absicht auch auf andere als Mundraubsobjekte zu erweitern, aus der Tat eine einheitliche mache, nämlich einen schweren Diebstahl, und diese Meinung in einem Beschlusse v. 7. 7. 1886 festgelegt. Wenn die Begründung hierzu den neuen Entschluß als aus dem alten hervorgegangen bezeichnet, so ist doch anzuerkennen, daß der Vorsatz des Täters entschuldbarer erscheint bei der Gunst der durch den ersten geschaffenen Situation; statt dessen verlangt das Reichsgericht eine schwerere Bestrafung des Delikts. Wie das Einsteigen zur Begehung eines Mundraubs und eines Diebstahls (nach § 242) de lege lata nun einmal verschieden bewertet wird, so darf man nicht, wie das

---

[26]) Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 $i\beta$; Oppenhoff a. a. O. zu § 370, 5 N. 21; Frank, Komm. zu § 370, 5 V; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 519 Anm. 50; RGE. Bd. 10 S. 418; nach Schlosky a. a. O. S. 36 Idealkonkurrenz; and. M. Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304, der § 243 durchaus anwendet auf § 370 Abs. 5.

[27]) Schlosky a. a. O. S. 36.

[28]) Schlosky a. a. O. S. 39.

Reichsgericht vom retrospektiven Standpunkte aus tut, im Falle des späteren Hinzukommens eines reinen Diebstahlsdolus beides zusammenfließen lassen. Darum ist auch der vom Reichsgericht hierbei aufgestellte Satz, daß während der Tat der Vorsatz sich beliebig verengern oder erweitern könne, nur insoweit richtig, daß allerdings beim zu groß angelegten Mundraube ein Diebstahl entsteht, wie auch der Diebstahl selbst größer werden kann, als er zunächst gewollt ist; aber schlechthin zur Absorption des Mundraubs durch den angegliederten Diebstahl sollte diese Tatsache nicht führen.

Findet der Täter Nahrungsmittel überhaupt nicht vor, so bleibt der Versuch der Übertretung aus § 370 Abs. 5 straflos, und was der Dieb sonst noch mitnimmt, hat er als einfachen Diebstahl zu büßen.[29]) Richtet er aber schon vor dem Einsteigen seinen Dolus auf Nahrungs- oder Genußmittel und auf andere Objekte, so konkurrieren § 370 Abs. 5 und § 243 ideal, da in ein und derselben Handlung der Täter beide Delikte erfüllt.[30])

Wie die Beziehungen des § 370 Abs. 5 nach außen den Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten bilden, so ist auch der Inhalt selbst sehr abweichend gedeutet worden. Von besonderem Interesse ist die Frage, ob der Mundraub auch als sogen. „fortgesetztes Verbrechen" begangen werden kann. Teils wird sie völlig verneint,[31]) teils unbeschränkt bejaht,[32]) teils aber

---

[29]) Schlosky a. a. O. S. 39; Frank, Komm. zu § 370, 5 V.

[30]) Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 iα; Oppenhoff a. a. O. zu § 370, 5 Nr. 21 für § 370 Abs. 5 mit versuchtem einfachen und schweren Diebstahle; Frank, Komm. zu § 370, 5 V.

[31]) Oppenhoff zu § 370, 5 N. 22. Eine Mehrheit selbständiger Entwendungen ist aus § 370 Abs. 5 zu strafen, selbst wenn sie aus einheitlichem Entschlusse hervorgegangen ist, um nicht die gewollte Privilegierung durch Zusammenrechnen wieder aufzuheben.

[32]) Liszt, Komm. zu § 370, 5 und Lehrb. S. 438 N. 8. Neuerdings auch Frank 8./10. Aufl. zu § 370, 5, 1 Abs. 2; Schwarze a. a. O. zu § 370, 5. Eine Mehrzahl von Entwendungen in geringer Menge hört deshalb nicht auf, nach § 370 Abs. 5 beurteilt zu werden, weil etwa die Gesamtsumme das Maß der geringen Mengen überschreitet, vielmehr ist jeder Diebstahl einzeln zu beurteilen und nimmt andere rechtliche Eigenschaften nicht an, auch wenn die Diebstähle im Fortsetzungsnexus stehen.

erkennt man ein fortgesetztes Begehen nur so weit an, als die Summe den Umfang des privilegierten Werts oder der Menge der Mundraubsobjekte nicht überschreitet.[33])

Am gediegensten erscheint die von Schlosky[34]) gegebene Lösung: die einheitliche Absicht muß klar zutage liegen, wenn man hier ein fortgesetztes Verbrechen überhaupt konstruieren will. Ein Diener, der mehrmals vom Weine seines Herrn trinkt, begeht jedesmal nur einen Mundraub. Ein Ladendiener, der dem Geschäftsinhaber Stück um Stück für seinen eigenen Haushalt wegträgt, begeht ein „fortgesetztes Verbrechen", das zufolge seines Generaldolus zum Diebstahle wird.[34])

Diese Ansicht ist auch für die Bestrafung mehrerer gemeinsamer Täter zu billigen. Begeht von ihnen jeder neben dem anderen und unabhängig von ihm einen Mundraub, so wird er aus § 370 Abs. 5 für seine eigene Tat bestraft. Gehen die mehreren aber bewußt und gewollt gemeinschaftlich zu Werke, so büßt jeder für den ganzen rechtswidrigen Erfolg; bleibt dieser klein, so kann § 370 Abs. 5 vorliegen, ist er aber nicht mehr von geringer Menge oder unbedeutendem Werte, dann liegt gemeiner Diebstahl oder seine Spielart vor.[35])

Hinsichtlich der unter § 370 Abs. 5 fallenden Objekte ist man in Wissenschaft und Praxis zwar nicht im einzelnen, aber doch in den Grundzügen einig geworden und hat die großen Ungereimtheiten, die bisweilen hineingetragen wurden, glücklicherweise nicht aufkommen lassen.[36]) Wohin hätte es auch führen sollen, wenn man z. B. Brennmaterial unter Nahrungs- oder Genußmittel einschmuggeln wollte. So gerecht das auch gedacht sein mag, ist es doch wider das Gesetz, und man muß sich um dessen Autorität willen hüten, daß der Wunsch etwa Vater des Gedankens werde.[37])

---

[33]) Frank, Komm. 7. Aufl. zu § 370, 5; Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 f.; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 519; Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304; RGE. Bd. 17 S. 333.

[34]) Schlosky a. a. O. S. 20.

[35]) Schlosky S. 23; RGE. Bd. 8 S. 406, Bd. 10 S. 308.

[36]) RGE. Bd. 9 S. 49.

[37]) Oppenhoff a. a. O. zu § 2: Analogie kann bei der Strafrechts-

Hier sollten nur die Hauptgrundzüge der Stellung des Mundraubs zum gemeinen Diebstahl, wie sie in Wissenschaft und Praxis am überzeugendsten dargelegt worden sind, festgestellt werden, um für den Weiteraufbau der Neugestaltung des Mindernotdiebstahls zunächst bei den so überaus gegensätzlichen Auffassungen seiner systematischen Eingliederung in die Strafrechtsordnung eine annähernd feste Grundlage zu schaffen. Füglich kann von einer erschöpfenden Darstellung aller Relationen abgesehen werden, schon darum, weil der Stoff oft genug in speziellen Untersuchungen behandelt wurde, hier aber nur Mittel zum Zweck ist, dann aber auch, um nicht mit allzuviel Wiederholungen gerade der weniger wichtigen Beziehungen zu ermüden; zudem ist eine ganze Reihe von Spezialuntersuchungen über den Mundraub selbst für seine Weitergestaltung unbrauchbar.

---

pflege nur zum Zwecke der Gesetzesauslegung Berücksichtigung finden, sie darf nicht dahin führen, daß ein Gesetz auf eine nicht unter dasselbe fallende Tat angewendet wird. — Mit diesen Worten ist er ein guter Interpret der allgemeinen Ansicht.

Dritter Teil.

Die Notentwendung nach der Novelle v. 19. Juni 1912.

§ 1.

Entstehungsgeschichte.

Schon am Ende der geschichtlichen Betrachtung war darauf hingewiesen worden, wie über die Reformbedürftigkeit der einzelnen Materie hinaus unser ganzes Strafgesetz nicht mehr befriedigte. Die gegenseitige befruchtende Wechselwirkung von Wissenschaft und Praxis gab ständige Anregung zu umfassenden Änderungen. Mag an sich die Lebensdauer heutiger neuer Gesetze immer kürzer werden, so war gerade das Reichsstrafgesetz an sich schon infolge seiner zu schnellen Entstehung nicht befähigt, den vielen Angriffen auf seine Existenz dauernd standzuhalten. Eine wirklich brauchbare Gesetzgebung bleibt immer nur die Frucht jahrelanger mühevoller Arbeit. Es entbehren die Versuche mancher Staaten, denen es, trotz zum Teil schon dreißigjähriger Versuche, noch immer nicht gelingen mag, mit ihrer Strafrechtsreform zum Abschlusse zu gelangen,[1]) weil mit der Fertigstellung eines Entwurfs sich der Geist des Rechts schon wieder derart um- und ausgestaltet hat, daß man von Grund aus zu einem neuen schreiten muß, nicht eines Zuges ins Tragikomische, und den Staaten erwächst so daraus das Memento, die vielseitig entfalteten Kräfte in einem schnell entschlossenen großen Zuge zusammenzufassen und unter Ausschaltung prinzipieller Hemmnisse zum endgültigen Abschlusse reif zu machen.

Man kann es der deutschen Reichsregierung nur Dank wissen, daß sie sich willig in den Dienst des Reformgedankens stellte und unter Vermeidung einseitiger Berücksichtigung einzelner

[1]) DJZ. Bd. 14 S. 1192.

Richtungen ein gedeihliches Zusammenwirken aller dazu Berufenen in die Wege leitete. Das große Reformwerk begann damit, daß das Reichsjustizamt die umfangreiche und seinem Inhalte nach einzig dastehende Sammlung der „Vergleichenden Darstellung des inländischen und ausländischen Strafrechts“ veranlaßte. Dieser vorzüglichen Vorarbeit zur Beschaffung weiteren, gewissermaßen außerordentlichen Quellenmaterials folgte die Einsetzung einer Gesetzgebungskommission, die im Mai 1906 vom Reichsjustizamte berufen wurde. Ihr wurde die Aufgabe zuteil, einen Vorentwurf zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuche nebst Begründung auszuarbeiten. Diese Aufgabe nahm drei Jahre in Anspruch und fand ihren Abschluß durch die Veröffentlichung des „Vorentwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (1909)“. Der Vorentwurf war als reine Privatarbeit gedacht und in diesem Sinne auch ohne irgendwelche Beeinflussung durch Nichtmitglieder der Kommission durchgeführt worden. Sein ureigenster Zweck bestand darum nicht in der Schaffung eines endgültigen Vorschlags für das kommende Strafgesetzbuch, wie es dem Bundesrate und dem Reichstage zur Beschlußfassung vorgelegt werden sollte, sondern in einer Vorarbeit, zu der nach ihrer Veröffentlichung die gesamte interessierte geistige Welt kritisch Stellung nehmen sollte. Daß dieser Gedanke ein recht glücklicher gewesen ist, beweist die Fülle der Sonder- und Sammelabhandlungen, die sich mit einzelnen wie mit der Gesamtmaterie eingehend beschäftigt haben. Im allgemeinen ist der Vorentwurf als brauchbare Grundlage anerkannt worden, wenn auch im übrigen recht viele Beanstandungen zu den einzelnen Fragen vorgebracht worden sind, die, wenn sie nur zum größten Teile Erfüllung finden könnten, vom ersten Bau kaum noch einen Stein auf dem anderen lassen würden. Um nur einigermaßen einen Überblick über die sonst unübersehbare Menge der kritischen Äußerungen und Beiträge zu erlangen, hat das Reichsjustizamt sich veranlaßt gesehen, in der „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche“ die besonderen Wünsche in kurzgefaßten Auszügen zu sammeln, daneben ist die Privatsammlung der „Kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform“ eine

nicht zu unterschätzende Bereicherung der Vorarbeiten. Von ganz hervorragendem Einflusse erwies sich der von vier bedeutenden Vertretern der Strafrechtswissenschaft (W. Kahl, K. v. Lilienthal, Fr. v. Liszt, I. Goldschmidt) verfaßte „Gegenentwurf zum Vorentwurfe eines deutschen Strafgesetzbuchs", der 1911 veröffentlicht wurde und, ohne sich auf eine erschwerende negative Kritik zu beschränken, in positiver Arbeit ein eigenes Gesetzbuch schuf, das schon durch die Tatsache, daß die Mitarbeiter verschiedenen Richtungen der Strafrechtslehre angehören, die Befürchtung einseitiger Interessenvertretung nicht aufkommen ließ; und so wird es auch in der Weiterentwicklung der Reformarbeit stets an erster Stelle mit berücksichtigt. Der Nachteil, daß die Sichtung des so unendlich umfassend gewordenen Materials die Vollendung des ganzen Reformwerks bedeutend verzögern muß, darf natürlich nicht allzusehr ins Gewicht fallen, wenn man von dem Gedanken sich leiten lassen will, das nach dem Stande der heutigen Wissenschaft möglichst allgemein anerkannte Recht auch wirklich zum Gesetze zu erheben. Dann müssen wir uns eben dabei bescheiden, daß noch einige Jahre vergehen werden, bis das neue Strafrecht in Wirkung treten kann. Gewiß liegt hierin eine nicht in jeder Hinsicht befriedigende Vertröstung, namentlich gerade da nicht, wo die Schroffheit bestehender Mängel am nachhaltigsten empfunden und deren Abstellung dringlich gefordert worden ist. Diese Tatsache gab auch dem Reichsjustizamte Veranlassung, im Frühjahr 1909 mit einer besonderen Vorlage an Bundesrat und Reichstag heranzutreten. Erfreulicherweise wurde darin auch der als unzulänglich bemängelten Diebstahlsnormierung gedacht und auch dem Mundraub eine Nachprüfung zuteil.

Hierüber enthält Blatt 1420 des Reichsjustizamts[2]):

Das Strafgesetzbuch wird dahin abgeändert u. a.:

(neu) § 248a. Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs

[2]) Abgedr. in RTV. Bd. 253 Nr. 1262 S. 7672ff. StenB. über Verhandl. des Deutschen Reichstags.

Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

§ 370 Abs. 5. Wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauche entwendet oder unterschlägt.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

In der vom Reichsjustizamt beigegebenen Begründung [2]) wird nach dem Hinweise auf den Stand der Gesamtreform des Strafrechts die Einbringung dieser kleinen Novelle zu rechtfertigen versucht.

Man muß in den zur einstweiligen Abänderung vorgeschlagenen Fällen der allgemeinen Reform vorgreifen und kann trotz der Gefährdung der Einheitlichkeit nicht bis zur gemeinsamen endgültigen Regelung warten. Damit trägt die ganze Novelle nur einen mehr provisorischen Charakter, ähnlich einem Notgesetze. Zwingend ist der Umstand, daß man in besonders krassen Fällen den Unwillen Außenstehender gegen die Gebundenheit des Richters an ein oft zu hartes Strafminimum beseitigen muß. Was insbesondere den Diebstahl betrifft, so meint die Begründung [3]): Der deutschen Rechtsauffassung hat der Diebstahl, insofern er auf Gewinnsucht beruht und daher eine gemeine Gesinnung bezeugt, von jeher als ein besonders verwerfliches Vergehen gegolten. Daher behandelt das Strafgesetzbuch den Diebstahl meist streng, z. B. Verfolgung ohne Antrag des Verletzten, ein sehr weitgespannter Strafrahmen — nämlich nur Freiheitsstrafe, die nie mit Geld ablösbar ist —, die Möglichkeit der Aberkennung bürgerlicher Ehrenrechte usw. Dazu treten die bedeutenden Erweiterungen des geschärften Strafrahmens der §§ 243,

[3]) RTV. Bd. 253 S. 7679 ff.

244, die auch dem Minderdiebe mit ihrer vollen Härte angedroht sind. Die Entwendung des § 370 Abs. 5 dagegen wird mit Geldstrafe, und zwar selbst für qualifizierte Fälle (der §§ 243, 244), geahndet; der Versuch bleibt straflos, die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Bei dieser Normierung ergeben sich Gründe einer anderweiten Regelung: Einmal für die Enge und Strenge der Rückfallsbestrafung, die gerade die Minderdiebe am härtesten treffen muß, dann aber auch führt die allzu geringe Anwendbarkeit des § 370 Abs. 5 zu Unzuträglichkeiten. Besonders oft werden diese Schwächen unverhältnismäßig schwerer Bestrafung empfunden beim Diebstahl an Sachen von ganz geringem Werte, auf deren Verlust auch der Verletzte kaum Bedeutung legt. Von Uneingeweihten ist in solchen Fällen gegen die unbedingte Pflicht des Staatsanwalts wie die des Richters oft der Vorwurf der Verfolgungssucht und unbilligen Härte erhoben worden. Leider ist es nicht möglich, im Rahmen dieser Novelle den eigenartigen Verhältnissen der Blumen- und Obstbauanlagen genügenden Schutz zu gewährleisten, und darum muß für diesen auf die Gesamtreform vertröstet werden.

„Die Mängel des geltenden Rechts beruhen vor allem darauf, daß es auf den Beweggrund des Täters und auf den Wert des Gestohlenen zu geringes Gewicht legt. Von alters her hat das deutsche Recht bei aller Schärfe, mit der es den in wirklicher Bereicherungsabsicht begangenen Diebstahl behandelte, in der Entwendung geringwertiger Gegenstände eine unbedeutende, mit leichter Strafe zu ahndende Verfehlung erblickt. An diese erst vom preußischen Strafgesetzbuche verlassene Anschauung ist wieder anzuknüpfen.“ Schon jetzt wird in § 370 Abs. 5 der Wert des entwendeten Objekts, wie die Absicht des Täters in dem alsbaldigen Verbrauch berücksichtigt. Gewiß drücken Hunger und Durst den Darbenden, aber nicht minder kann der Mangel anderer Gegenstände des gewöhnlichen Verbrauchs für den Wunsch alsbaldiger Befriedigung den Beweggrund bilden. Es ist eine nicht zu rechtfertigende Anomalie, den Entwender von Fleisch oder Kartoffeln aus § 370 Abs. 5 mit kleiner Strafe und

andererseits den Holz oder Kohle Stehlenden auch für die kleinste Menge mit der Strafe des gemeinen Diebstahls zu belegen.

Der Entwurf stellt darum in § 370 Abs. 5 andere Gegenstände den Nahrungsmitteln zur Seite unter der Voraussetzung alsbaldigen Verbrauchs. Hierbei soll es sich handeln um Verbrauchsgegenstände im natürlichen Sinne nach der Volksanschauung, nicht im Rechtssinne. Also ist nicht inbegriffen die Entwendung von Geld oder geringen Mengen einer wertvollen Substanz, die zu Experimenten verwendet werden soll.

„Aber auch für den Diebstahl an solchen geringwertigen Gegenständen, die nicht dem Verbrauche, sondern dem Gebrauche dienen, bedarf es unter gewissen Voraussetzungen einer Milderung des geltenden Rechts. Allerdings wird in solchen Fällen der Täter regelmäßig einem längere Zeit fortdauernden Bedürfnisse Rechnung tragen wollen, allein wenn dieses Bedürfnis auf eine wirtschaftliche Bedrängnis zurückzuführen ist, erfordert die Tat eine milde Beurteilung.

Der Arme, der in seiner Bedürftigkeit ein geringwertiges Kleidungsstück entwendet, die Mutter, die das gleiche tut, um ihr Kind vor Kälte zu schützen, dürfen nicht mit gemeinen Dieben auf eine Stufe gestellt werden, der stärkste Antrieb, der einen sonst rechtschaffenen Menschen aus den gesetzlichen Bahnen reißen kann, ist die Not, und sie bedarf weitgehender Berücksichtigung. Demgemäß stellt der Entwurf einen neuen § 248 a in das Strafgesetzbuch ein, der die Entwendung geringwertiger Gegenstände aus Not, soweit sie nicht bereits unter den § 370 Abs. 5 fällt, einer besonderen Strafbestimmung unterwirft.“

Die Strafen des § 248 a und des § 370 Abs. 5 sind in Einklang zueinander gebracht worden, nur ist für eine bessere Berücksichtigung der Fälle häufiger Wiederholung oder erschwerender Umstände (im Sinne der Diebstahlsqualifikation des § 243) das Strafmaximum in § 248 a höher gelegt worden. Weil damit ein Vergehen geschaffen worden ist, muß diese Bestimmung in den 19. Abschnitt eingefügt werden und wird seiner besonderen Stellung nach als § 248 a an dessen Schluß gestellt. Damit wird auch deutlich, daß § 248 a zum gemeinen Diebstahle die gleiche selbständige Stellung behaupten solle wie § 370 Abs. 5 schon

bisher. Diese gleichartige Behandlung soll auch das beiden Delikten gemeinsame Wort „entwenden“ schon äußerlich andeuten. Die nahe Verwandtschaft der Beteiligten bewirkt hier wie dort unter gewissen Voraussetzungen Straflosigkeit. Ebenso soll auch § 248 a keine Rückfallsstrafe aus § 244 erzeugen. Endlich ist in § 370 Abs. 5 der einzig richtigen, von der Theorie schon seit langem vertretenen Meinung Rechnung getragen worden, neben dem Diebstahle auch die Unterschlagung von Viktualien zu privilegieren.

Diesen Gedanken der Begründung kann man im großen und ganzen die Zustimmung nicht versagen. Erfreulich ist es, daß man dem § 370 Abs. 5 die Unterschlagung endgültig einfügte und ihn hinsichtlich der Objekte um die Gegenstände hauswirtschaftlichen Verbrauchs vermehrte, und damit der alten necessitas famis et frigoris die ihr gebührende Stellung wieder schuf, und endlich mit der Hinzufügung des § 248 a sogar über die necessitas nuditatis weit hinausging. Aber schließlich waren doch auch einzelne Kommentatoren der CCC. noch weiter gegangen und hatten alle Objekte unter dem Zwange einer Notlage gleichem Schutze unterstellen wollen.[4]) Die Anpassung des § 248 a an den § 370 Abs. 5 ist der geschichtlichen Entwicklung nach wohl begründet, und die Berücksichtigung der Not und der Geringwertigkeit bildet bereits ein Erfordernis tatsächlicher Verwendung der schon frühzeitig als nützlich anerkannten Ausdehnung der Privilegierung auf alle minderwertigen Objekte. Doch müssen § 248 a und § 370 Abs. 5 mit Recht untereinander getrennt gehalten werden. Die Notentwendung darf nicht aufgefaßt werden als eine bloße Erweiterung des Mundraubs, beide haben, wie sich bei spezieller Untersuchung herausstellen wird, erhebliche Unterschiede, um andererseits doch wieder so eng wie Zahnräder ineinanderzugreifen. Darum bleibt ein öfteres Heranziehen der Verbrauchsmittelentwendung bei der Behandlung der Notentwendung nicht vermeidlich, bildet sie doch in vieler Hinsicht eine Unterart des § 248 a. Bislang war der Tatbestand der Notentwendung von der lex lata unterdrückt worden, zumeist

[4]) s. oben Kreß Art. 166 N. 4.

aufgegangen in § 242, zum kleineren Teile im Mundraube. Seine alte selbständige Bedeutung war ihm wiederzugewinnen. Das Moment, daß unsere heutige Notentwendung mehr dem Art. 166 der CCC. in seiner weitesten Fassung entspricht als dem Mundraube und dem früheren sogen. kleinen Diebstahl, ist nicht allenthalben als ausschlaggebend gebührend beachtet worden; oftmals weil man ungerechterweise den tatsächlichen Wirkungsbereich des Art. 166 der CCC. so, wie er wörtlich nur die rechte Hungersnot schützte, engherzig auslegte. Dieser Vorwurf trifft die Begründung zumeist nicht. Sie ist sich der Verwandtschaft der §§ 248 a und 370 Abs. 5 bewußt und trägt dem Rechnung, nur hat sie nicht mit voller Schärfe nachgewiesen, daß mit zwingender Notwendigkeit der § 370 Abs. 5 den § 248 a wiederbeleben mußte. Was sie als Andeutung einer Begründung sagt, ist nur der Wunsch, daß der zu eng gefaßte Mundraub doch eine Erweiterung erfahren möchte. Für den hier vertretenen Standpunkt der Auffassung schwächt sich der Einfluß der geschichtlichen Zweiteilung in kleinen und großen Diebstahl, wie er nicht selten in Übergebühr als maßgebend für die Entstehung des § 248 a — und besonders späterhin für die Weiterentwicklung in der Gesamtreform — gewürdigt worden ist, nicht unwesentlich ab. Immerhin subsidiär mag auch die Nachwirkung des „kleinen Diebstahls“ für den neuen Not-Minderdiebstahl begriffsbildend beachtet worden sein, aber die Wesensart dieser beiden Bestimmungen — „kleiner Diebstahl“ und „Notentwendung“ — hat einen ungleich loseren, mehr äußerlichen Zusammenhang. Weiterhin erscheint es interessant und auch für die Zukunft beachtlich, daß man bei der Aufstellung des Reichsstrafgesetzbuchs zu engherzig gewesen war, als man mit dem einen § 242 auszukommen meinte. Jetzt gilt es wieder gutzumachen, daß man damals fast ohne Rücksicht auf ethische Momente, die allein der objektiven Wertgrenze Eingang in das Delikt des Diebstahls verschafft hatten,[5]) nicht zwei gesonderte Strafrahmen

[5]) So besonders die Beseitigung der Todesstrafe für Bagatellsachen und Begehung aus verzeihlichen Beweggründen. Vgl. dazu den geschichtlichen Teil dieser Abhandlung.

schuf, und, im Anschlusse an den damit zusammenfallenden Wegfall des Erfordernisses eines Wertes des Diebesgutes überhaupt, nicht mehr unterschied zwischen der zumindest qualifizierenden Bereicherungsabsicht und anderen Begehungsgründen.

Bei ihrem Bekanntwerden hat die Novelle und ihre Begründung manches Für und Wider ausgelöst. Nicht allgemein stimmte man der Notwendigkeit eines Vorgreifens gegenüber der Gesamtreform zu.[6]) Es erscheint notwendig, über die inzwischen erschienenen Kritiken des Vorentwurfs in ihren prominentesten Spitzen zu berichten, um ihren Einfluß auf den weiteren Lauf der Dinge davon ableiten zu können. In einer längeren Abhandlung hat zunächst Finger Stellung zur Novelle und im besonderen zur Notentwendung genommen[7]) und tadelt hierbei lebhaft, daß man auch fernerhin den § 370 Abs. 5 den Qualifikationen der §§ 242, 246 nicht unterwerfen wolle. Das Überwinden von Hindernissen sollte um jeden Preis alle Privilegierungen ertöten. Für § 248a erkennt Finger an, daß er in unserem ethischen Empfinden Widerhall finde. Einer Besserung der Fassung des Paragraphen gilt sein Vorschlag, statt des Wortes „unterschlägt" ein milderes zu gebrauchen, wie man ingleichen das Odium dem Worte „stehlen" durch entwenden genommen hat.

Eine Kritik im „Recht"[8]) von Köhler bemängelt nicht unrichtig, daß sechs Monate Gefängnis für den Fall der Qualifikation des § 248a nicht als ausreichend angesehen werden könne. Sein weiterer Vorschlag, auch einen dem Notdiebstahle analogen Fall des Notbetrugs zu statuieren, ist der Anerkennung wert, wird doch damit der sogen. kleinen Kriminalität die erforderliche zeitgemäße Erweiterung verbürgt. Daneben wird hier zuerst das Bedenken erhoben, daß der Begriff der Not und Geringwertigkeit in dieser allgemeinen Fassung zu unbestimmt sei und besser eine wirtschaftliche Bedrängnis überhaupt die Privilegierung herbeiführen solle. Er gelangt zu dem Vorschlage,

[6]) z. B. Stranz in DJZ. 1914 S. 128; Reichardt a. a. O. S. 35.

[7]) Finger, Kritische Bemerkungen betr. Änderung des Strafgesetzbuchs, im GerS. 1909 Bd. 74 S. 353/54.

[8]) Das Recht Nr. 10 S. 354.

eine feste Wertgrenze etwa in der Höhe von zehn Mark festzusetzen.

In annähernd gleichem Sinne sind die Vorschläge v. Lilienthals gehalten, die er in seiner Abhandlung in ZStW. Bd. 29 S. 647 u. 653 ff. der Beachtung empfiehlt. Auch er verwirft die Ausdrücke Not und Geringwertigkeit als zu unbestimmt und schwer begrenzbar. Damit fühlt er sich veranlaßt, gleichfalls eine objektive Wertgrenze zur scharfen Trennung einzuführen, die auch er etwa auf zehn Mark festgelegt wissen möchte.

Eine weitere Anregung brachte Doerr,[9]) indem er darauf hinwies, daß man eine möglichst gleiche Behandlung des § 248a und des § 370 Abs. 5 zwar erstrebe, aber durch das Strafmaximum von sechs Monaten Gefängnis die Notentwendung der Zuständigkeit der Schöffengerichte im Gegensatze zur Verbrauchsmittelentwendung entrückte. § 27 GVG. komme nicht zur Geltung, es bestände nur ein möglicher Ausweg in der Anwendung des § 29 GVG. in Verb. mit §§ 73,1 u. 75,14 GVG., nämlich insoweit, als die Strafkammern der Landgerichte Verhandlung und Entscheidung an die Schöffengerichte überweisen.

Inzwischen war die Novelle an den Bundesrat gelangt. Der Reichsanzeiger v. 22. 1. 1909 enthält den Bericht: Die Versammlung erklärt sich einverstanden mit der Überweisung des „Entwurfs eines Gesetzes betr. Änderung des Strafgesetzbuchs“ an die zuständigen Ausschüsse.

Da über die Verhandlungen im Bundesrate nur die Ergebnisse in kurzen Notizen der Öffentlichkeit zugängig gemacht werden, erfahren wir erst aus Nr. 61 des Reichsanzeigers vom 12. 3. 1909:

In der Plenarsitzung v. 11. 3. 1909 wurde dem „Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung des Strafgesetzbuchs die Zustimmung erteilt.

Darauf ging als Drucksache Nr. 1420 des Reichsjustizamts unter dem 12. 3. 1909 durch das Reichskanzleramt die Vorlage unverzüglich an den Reichstag,[10]) der am 23. 4. 1909

---

[9]) DJZ. Bd. 15 S. 73.

[10]) RTV. Bd. 253 S. 7672 ff., Drucks. Nr. 1262.

(246. Sitzung)[11]) in erster Beratung im Plenum dazu Stellung nahm.

Der Staatssekretär des Reichsjustizamts, Dr. Nieberding, sagte in seinen Geleitsworten[a]), daß in dieser Novelle in den Notdelikten für die sozial schlechter Gestellten der Unterschied zu den Begüterten gemildert werden solle. Die vermögensrechtlichen Interessen wolle unsere sozialpolitische Zeit weniger schützen als die hierin strenger strafende Vorzeit. Die gemachten Vorschläge stützten sich insbesondere auf Anregungen der Mitglieder des Reichstags und der deutschen Presse.

In der weiteren im allgemeinen zustimmenden Debatte[b]) weist der Abgeordnete Engelen darauf hin, daß schon 1900/01 das Zentrum für den Diebstahl ganz allgemein eine Geldstrafe gefordert habe,[12]) um allen Fällen der kleinen Kriminalität besser gerecht werden zu können. Dieser Standpunkt, besonders den § 248a durch eine für § 242 anzugliedernde Geldstrafe überflüssig zu machen, um damit auch weitere als nur die „geringwertigen Gegenstände“ einbeziehen zu können, wird auch von anderen Parteien verteidigt. Wirkungsvoll erweist sich die Vorlage mit ihrem Begründungsgedanken: „Der stärkste Antrieb, der einen sonst rechtschaffenen Menschen aus den gesetzlichen Bahnen reißen kann, ist die Not, und sie bedarf weitgehender Berücksichtigung“ gegenüber dem daran zerschellenden Vorwurfe der Sozialdemokratie: „Ihr laßt den Armen schuldig werden, dann übergebt ihr ihn der Pein“.

Die Fortsetzung der Beratung am 24. April ergab mit der Beendung der 1. Lesung den Beschluß der Überweisung der Vorlage an die juristische (30.) Kommission.[13]) Mit der Übernahme der Vorbearbeitung durch diese ging zunächst eine Unterkommission ans Werk, die allgemeinen Grundlagen der Novelle zu prüfen. Sie untersuchte dabei,[14]) inwieweit sich der Rahmen der Novelle unbeschadet ihrer Tendenz erweitern lasse, und gelangte zu der Überzeugung, daß dies namentlich durch Herab-

[11]) RTV. Bd. 236 [a]) S. 8125, [b]) S. 8129.

[12]) Drucks. des Reichstags 1900/01 Nr. 49.

[13]) RTV. Bd. 236 S. 8165, sogen. Bericht der 30. Kommission.

[14]) RTV. Bd. 275 S. 2096.

setzung einzelner von der Praxis als zu hoch empfundener Strafminima bei Delikten geschehen könne, die nicht eigentlich aus böser Absicht entspringen. So möchte man dem Richter öfters noch eine Geldstrafe zur Wahl stellen, um manchen nicht Gefängniswürdigen vor dieser entehrenden Freiheitsstrafe zu bewahren.

Diesen Vorschlägen Rechnung tragend, schuf sodann in positiver Arbeit die 30. Kommission den § 264 a analog zu § 248 a und erwarb sich hiermit ein nicht zu unterschätzendes Verdienst.

(§ 264 a: Wer aus Not sich oder einem Dritten geringwertige Gegenstände zum Schaden eines anderen durch Täuschung verschafft, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.)

Wiederum wird im Verlaufe der Debatten Stimmung zu machen gesucht für eine wahlweise Androhung der Geldstrafe im § 242; dies führt zu dem Antrage[15]):

Die Kommission wolle beschließen, bei § 242 Abs. 1 hinter Gefängnis einzuschalten: „oder Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark".

Hiergegen nahm der anwesende Regierungsvertreter in durchaus ablehnendem Sinne Stellung. Wurde von ihm einerseits das Unberücksichtigtbleiben einzelner Härten, z. B. beim Warenhausdiebstahl, zugegeben, so meinte er andererseits mit einer etwas weit ausholenden Begründung den Standpunkt der Regierung halten zu müssen. Die Forstgesetze besäßen nämlich das Vorrecht, für Diebstahl die Geldstrafe androhen zu dürfen, denn sie seien minderer Ahndung vollwürdig; wollte man jetzt auch dem Reichsstrafgesetzbuche für Diebstähle eine Geldstrafe zugestehen, so bewirke das im Rückschlage eine Härte für die Forststrafgesetze, die damit alle revisionsbedürftig würden. Aber diesem

---

[15]) RTV. Bd. 275 S. 2097.

mehr einer Verlegenheitsantwort gleichenden Grunde fügte er das zwingendere Argument an, daß mit der Annahme des gestellten Antrags die ganze Novelle für die Regierung unannehmbar werden könnte. Daraufhin fiel allerdings, aber mit der knappen Mehrheit von 12 zu 11 Stimmen, der Antrag ab.[16])

Für die neueingefügten hauswirtschaftlichen Verbrauchsgegenstände des § 370 Abs. 5 vertrat der Regierungsvertreter die Meinung, daß Heilmittel künftighin dem Schutze dieses Paragraphen unterfallen möchten, aber nicht allgemein wirtschaftliche, wie etwa Mauersteine, denn hauswirtschaftlich sei enger zu fassen als wirtschaftlich.

Die §§ 248 a, 264 a, 370 Abs. 5 fanden die Zustimmung der Kommission, die im übrigen von einer 2. Lesung Abstand nahm, da sie die Materie für genügend geklärt hielt.[17])

Leider blieb aller Arbeit der Erfolg versagt, da der Reichstag geschlossen wurde, bevor von ihm die Novelle durchberaten werden konnte. War dies einmal im Interesse der Dringlichkeit der Durchführung bedauerlich, so erwuchs andererseits die Gefahr, daß die Regierung an der Wiedereinbringung ihrer Vorlage das Interesse verlieren könnte, denn bereits begann die Gesamtreform des Strafrechts ihren weitergehenden Inhalt festzulegen, der leicht die Novelle unmöglich machen konnte. Diese Befürchtung wurde aber zerstreut, als dem Reichstage in der nächsten Session die Novellenvorlage erneut zur Stellungnahme zuging. In der Plenarsitzung v. 15. 1. 1910 wurde die erste Beratung des „Entwurfs eines Gesetzes betr. die Änderung des Strafgesetzbuchs“ (Nr. 6 der Drucksachen) vorgenommen.[18]) Der Nachfolger des inzwischen aus dem Amte geschiedenen Staatssekretärs Dr. Nieberding, mit dessen Namen bislang die Novellengesetzgebung eng verknüpft war, Staatssekretär Dr. Lisco, nahm sich der überkommenen Abänderungsvorschläge mit gleicher Wärme an und führte zur Einleitung aus, daß es der Regierung, obwohl inzwischen der „Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs“ erschienen sei, ratsam

---

[16]) RTV. Bd. 275 S. 2098.
[17]) RTV. Bd. 275 S. 2098.
[18]) RTV. Bd. 258 S. 567.

bleibe,[19]) das Abänderungsgesetz nicht fallen zu lassen, denn bis zum Wirksamwerden des neuen Strafgesetzbuchs könne noch eine unbestimmt lange Zeit verstreichen. Zur Gesamtreform habe man die Gedanken der Novelle übrigens noch nicht heranziehen können, da die Stellungnahme des Reichstags zu ihnen noch ungewiß sei.

Das schwächt einigermaßen den von seiten eines Abgeordneten (M. d. R. Heine) erhobenen Vorwurf ab, daß in der Gesamtreform der erst mühsam aufgestellte Minderdiebstahl schon wieder abgeändert würde.[20]) Im allgemeinen äußern sich auch diesmal wieder die Parteien in zustimmendem Sinne. Schließlich einigte man sich in dem Beschlusse, die Vorberatung derjenigen Kommission (7.) zu überweisen, die durch Beschluß vom gleichen Tage zur Vorbereitung der Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafprozeßordnung und des zu beiden gehörigen Einführungsgesetzes eingesetzt worden war.[21]) Diese konstituierte sich schon am 17. 1. 1910 und übertrug den Vorsitz dem Abgeordneten Wellstein. Die Materie[22]) sollte nach einem Beschlusse in zwei Lesungen der Kommission durchberaten werden, deren erste in sieben, die zweite in vier Sitzungen[a]) erledigt werden konnte.

Schon in der 1. Sitzung wurde hier der Antrag gestellt, in § 248 a statt sechs Monate nur drei Monate Gefängnis anzudrohen, um damit dem leichteren Delikte die unbedingte Zuständigkeit der Schöffengerichte zu sichern.[23]) Dazu äußerte sich der Regierungsvertreter: es sei nicht verkannt, daß die Strafandrohung von sechs Monaten Gefängnis in § 248 a der Vorlage die Zuständigkeit der Schöffengerichte ausschließe, wenn nicht die Strafkammer bei Eröffnung des Hauptverfahrens die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengerichte überweist (§§ 27, 4, 5,

---

[19]) Und doch haben sich hiergegen Stimmen geltend gemacht: Richard in Bl. f. Gefängniskunde Bd. 44 S. 35: „Der kleine Strafgesetzentwurf, der dem Reichstag vorliegt, sollte ganz zurückgezogen werden"; ebenso Stranz in DJZ. Bd. 14 S. 128.

[20]) RTV. Bd. 258 S. 570.

[21]) RTV. Bd. 258 S. 572.

[22]) RTV. Bd. 275 S. 2069 ff.

[a]) S. 2070, sogen. Bericht der 7. Kommission.

[23]) vgl. auch die oben angeführte Anregung Doerrs, der diesen Antrag mit veranlaßt haben mag.

75, 14 GVG.). Es sei in Aussicht genommen, bei der Revision des Gerichtsverfassungsgesetzes diese Unzuträglichkeit zu beseitigen. Andererseits sei die vorgeschlagene Herabsetzung der Höchststrafe auf drei Monate nicht ohne Bedenken; eine solche Strafe könne sich als unzureichend erweisen, wenn der Täter sich wiederholt eines Eigentumsvergehens schuldig gemacht oder die Entwendung unter erschwerenden Umständen, z. B. mittels Einbruchs, ausgeführt hat.[b]) [23])

Diesem letzteren Gegenargumente schließt sich ein Kommissionsmitglied an[c]): es kommt darauf an, die hohen Strafminima herabzusetzen und nicht die Maxima, denn damit könne leicht das Gegenteil erreicht werden, indem der Richter sich geneigt sehen möchte, bei der Bemessung der Strafe sich dem Maximum möglichst zu nähern. Im übrigen stellt die Kommission in Übereinstimmung mit dem anwesenden Staatssekretär des Reichsjustizamtes fest, daß es ausdrücklicher Wille des Gesetzes sein solle, für den neuen § 248 a den Rückfall nicht in Frage kommen zu lassen. Darauf wird § 248 a einstimmig, der Antrag, sechs Monate Gefängnis durch drei Monate zu ersetzen, gegen eine Minderheit angenommen. Die 2. Lesung [24]) begann mit einer anfangs nicht unbedenklich erscheinenden Reaktion gegen das ganze Institut des Notdiebstahls und Notbetrugs. Der Kommission wurde der Antrag Nr. 46 vorgelegt, § 248 a zu streichen und § 370 Abs. 5 Satz 1 zu fassen:

Wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere zu seinem Lebensunterhalte notwendige Sachen in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zur alsbaldigen Verwendung entwendet, unterschlägt oder zum Schaden eines anderen durch Täuschung an sich bringt.

Hierzu führte eine beigegebene Begründung aus, diese neue Gesetzesbestimmung sei notwendig, der § 248 a führe zu einer Verwischung des Diebstahlsbegriffs. Die Scheu vor dem Diebstahle dürfe nicht verloren gehen und die altüberkommene Abneigung gegen den Dieb müßte erhalten bleiben.

---

[b])[c]) S. 2072.

[24]) Ebenfalls RTV. Bd. 275 Nr. 392 der Drucks. S. 2084.

Gegen die Annahme dieses Vorschlags wendet sich der Regierungsvertreter: Der Antrag bedeutet eine wesentliche Einschränkung der durch §§ 248 a, 264 a der Beschlüsse der ersten Lesung vorgesehenen Strafmilderung. Während nach diesem Paragraphen die Entwendung und der Betrug ganz allgemein privilegiert sein sollten, wenn es sich um geringwertige Gegenstände handelt und der Täter die Straftat aus Not begangen hat, beschränkt dieser Antrag die Privilegierungen lediglich auf die Entwendung und den Betrug mit Bezug auf Sachen, die zum Lebensunterhalte des Täters notwendig sind. Wenn z. B. eine arme Frau zehn Pfennig für Nahrung für ihr hungerndes Kind entwendet, soll doch besser nicht wegen gemeinen Diebstahls gestraft werden, sondern eine Milderung im Sinne des § 248 a Platz greifen.

Auch in dieser 2. Lesung wird auf Wunsch eines Kommissionsmitgliedes nochmals ausdrücklich unter allseitiger Zustimmung festgestellt, daß auf § 248 a die Rückfallsbestimmungen keine Anwendung finden sollen. Darauf wird zur Abstimmung geschritten. Das Resultat ist leider im Stenogramm vergessen worden, aber aus der nachfolgenden Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse in 2. Lesung ergibt sich, daß der § 248 a unverändert gegenüber der 1. Lesung angenommen worden ist, auch die §§ 264 a und 370 Abs. 5 fanden Zustimmung. Nunmehr gelangte die von der Kommission vorbereitete Novelle an das Plenum des Reichstags zurück, das in seiner Sitzung v. 14. 1. 1911 zur Vorlage in 2. Lesung[25]) Stellung nahm. Weiterhin wurde der Kommission für das neue Strafgesetzbuch auf den Weg gegeben, sich des Minderdiebstahls, der trotz des Notdiebstahls eine befriedigende Lösung noch nicht gefunden hatte, anzunehmen, denn wenn einer auch nur zehn Pfennige stiehlt oder unterschlägt, so gilt § 248 a nicht, wenn die Tat nicht aus Not geschah. Damit werde leider überhaupt ein einseitiges Motiv privilegiert, dem andere wie Leichtsinn und Unerfahrenheit gleichmäßig an die Seite zu stellen wären.[26])

[25]) RTV. Bd. 263 S. 3865 ff.

[26]) RTV. Bd. 263 S. 3867 (M. d. R. Dr. Becker) und S. 3869 (M. d. R. Kölle).

Wieder machte sich im Laufe der Verhandlung eine lebhafte Stimmung für Ersetzung des § 248 a durch Erweiterung des § 242 mit Geldstrafe geltend, doch unterblieb der Antrag und sollte, soweit noch möglich, zur 3. Lesung gestellt werden. Dagegen stieß die Anregung, alle Notdelikte an sich mit Strafe zu verschonen, auf erheblichen Widerstand.[27]) In der Beschlußfassung wurden die §§ 248 a, 264 a, 370 Abs. 5 unverändert angenommen.[28])

Leider blieb das Gesetzeswerk ein Torso, denn auch in dieser Session kam es nicht zu einer 3. Lesung im Plenum, und so endete die Vorlage unerledigt.

Ein drittes Mal hat die Regierung nicht mehr versucht, ihren Vorschlag zum Gesetze erheben zu lassen, und allem Anscheine nach war der Gedanke einer Teilreform vor der näherrückenden Gesamtreform, die schon das regste allseitige Interesse auf sich ablenkte, unpraktisch geworden.

So muß es dem Abgeordneten Wellstein, der den Vorsitz der 7. Kommission geführt hatte, zum Verdienst angerechnet werden, daß er die Novelle in der nächsten Session aus eigenem Antriebe wieder aufleben ließ, als er unter Weglassung einiger strittiger Materien (Erpressung, Beleidigung und Tierquälerei) die Beschlußfassung über den allgemein anerkannten Teil der Gesetzesvorlage mit Unterstützung einiger Parteigenossen beantragte. Zugrunde gelegt waren die Beschlüsse der 7. Kommission in 2. Lesung. Die Plenarsitzung des Reichstags nahm am 20. 4. 1912 in 1. Lesung Stellung zu dem Antrage Wellstein und Genossen über den Entwurf betr. Änderung des Strafgesetzbuchs. Dabei ergab sich, daß eine Verweisung an eine Kommission nicht mehr gewünscht wurde, sondern sogleich im Plenum verhandelt werden sollte. Unmittelbar im Anschlusse an die damit erledigte 1. Lesung begann man mit der zweiten, die zur Annahme der Vorlage führte.[29])

---

[27]) RTV. Bd. 263 S. 3867.
[28]) Ebendort S. 3876.
[29]) RTV. Bd. 284 S. 1278 A.

Am 9. 5. 1912 wurde darauf der Vorlage in 3. Lesung endgültig zugestimmt.[30])

Da die Novelle mit der im Jahre 1909 (Drucksache 1262) vom Bundesrate beschlossenen nicht mehr identisch ist infolge der bedeutenden Abänderungen und der schließlichen Einbringung durch den Reichstag, mußte sie den verbündeten Regierungen nochmals zur Zustimmung vorgelegt werden. Über deren Stellungnahme berichtet der Reichsanzeiger in seiner Ausgabe v. 14. 6. 1912:

In der am 13. Juni unter dem Vorsitz des Staatsministers, Staatssekretärs des Innern Dr. Delbrück abgehaltenen Plenarsitzung des Bundesrats wurde dem vom Reichstage angenommenen „Entwurf eines Gesetzes betr. Änderung des Strafgesetzbuchs" die Zustimmung erteilt.

Die Veröffentlichung des Gesetzes erfolgte im RGBl. Nr. 37 v. 21. 6. 1912 unter Nr. 4086. Das Gesetz betr. Änderung des Strafgesetzbuchs v. 19. 6. 1912, u. a.:

§ 248 a. Wer aus Not geringwertige Gegenstände entwendet oder unterschlägt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

§ 264 a. Wer aus Not sich oder einem Dritten geringwertige Gegenstände zum Schaden eines andern durch Täuschung (§ 263 Abs. 1) verschafft, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

---

[30]) RTV. Bd. 285 S. 1778.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

§ 370. Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

5. wer Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauch entwendet oder unterschlägt.

Wer die Tat gegen einen Verwandten absteigender Linie oder gegen seinen Ehegatten begeht, bleibt straflos.

6. In den Fällen der Nr. 5 u. 6 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Mangels anderweiter besonderer Bestimmung trat die Novelle am 14. Tage nach Ablauf des Ausgabetages des publizierenden Reichsgesetzblattes, also am 5. 7. 1912 in Kraft.

§ 2.

Der Inhalt der Notentwendung § 248 a.

Mit der Erweiterung des § 370 Abs. 5 auf Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs war in zufriedenstellender Weise die frühere Härte zu großer Enge der Privilegierung beseitigt. § 264 a erweist sich als eine glückliche Bereicherung der Notdelikte, und es bleibt nur zu bedauern, daß de lege lata die kleine Kriminalität für den Raub nicht auch besonders hervorgehoben worden ist.[1])

Der endlich wiedergewonnene Notdiebstahl hat in § 248 a eine im allgemeinen nicht ungünstige Festlegung erfahren. Im einzelnen birgt sein Inhalt folgende Merkmale:

Der Täter muß nicht etwa einer bestimmten Klasse von Personen angehören, etwa durchaus ein Armer sein, vielmehr kann den Reat jeder zurechnungsfähige Mensch begehen. Nur

[1]) Wach, Legislative Technik, in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 25.

für Verwandte aufsteigender Linie und für Ehegatten normiert das Gesetz in klarer Fassung einen persönlichen Strafausschließungsgrund.[2])

Was den besonderen Charakter des § 248 a neben der offensichtlichen Beschränkung der Objekte zu einem selbständigen Delikte macht, ist der bestimmt geartete Vorsatz. Hat er nämlich mit Diebstahl und Unterschlagung gemein, daß er sich richtet auf die rechtswidrige Zueignung einer bewußtermaßen in fremdem Eigentume stehenden Sache mit bezw. ohne Wegnahme aus fremdem Gewahrsam, so hat er anderseits eigentümlich seine Begrenzung durch das Erfordernis der Not und der Geringwertigkeit.

Wenig befriedigen kann die in den Verhandlungen[3]) und der Kritik[4]) mit Recht angegriffene Berücksichtigung nur des einen Motives „Not", obwohl man sich bei der Aufstellung dieser Gesetzesbestimmung nicht im unklaren war, daß man alle aus nicht eigentlich böser Absicht entsprungenen Beweggründe einer milderen Ahndung unterwerfen müsse. Ist so zunächst der alte Standpunkt rechter Würdigung der bedrängten Lage in den Deliktsbegriffen wiederhergestellt, so wird hier de lege ferenda einzusetzen sein, um den sozialen Forderungen die Erfolge besserer Erkenntnis in weiterem Ausmaße zunutze zu machen. Wenn von verschiedener Seite dieser Begriff der „Not" als zu unbestimmt nicht gebilligt[5]) worden ist, so kann man sich doch wohl unbedenklich darauf verlassen, daß es dem richterlichen Ermessen möglich sein wird, auf Grund natürlichen Empfindens festzustellen, ob dem Täter im Sinne des § 248 a die gesetzte Strafminderung zugebilligt werden darf oder nicht. Nach der Entstehungsgeschichte und der ratio dieser Gesetzesbestimmung kann unter dem Begriffe der Not nur eine besondere tat-

---

[2]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 248 a V am Ende; Delius im Recht Bd. 16 S. 310; Schlosky a. a. O. S. 23 für § 370 Abs. 5.

[3]) RTV. Bd. 275, Bericht der 30. Kommission S. 2096, S. X dieser Abhandlung; RTV. Bd. 263 S. 3867 u. 3869, S. X dieser Abhandlung.

[4]) Träger in DJZ. Bd. 14 S. 453 u. 456.

[5]) z. B. Köhler im Recht 1910 S. 354; v. Lilienthal in ZStW. Bd. 29 S. 654; Träger in DJZ. Bd. 14 S. 456.

sächliche, sei es mehr körperliche, mehr wirtschaftliche Lage verstanden werden, nicht die Not aller Art.[6]) Dabei ist nicht nur eine wirkliche (evidente) Notlage, sondern auch eine eingebildete für genügend anzusehen.[7]) Es wäre doch z. B. möglich, daß jemand aus Not widerrechtlich sich geringwertige Gegenstände verschafft, weil ihm andere zu Gebote stehende Hilfsquellen verborgen bleiben; der Täter besitzt z. B. noch Geld in der Tasche eines Kleidungsstückes, das er längere Zeit nicht getragen hat; oder ein für nicht realisierbar gehaltenes Forderungsrecht erfüllt sich doch in der Zeit der Begehung der strafbaren Handlung und läßt so den Täter zu Gelde kommen. Überhaupt sind diese Notdelikte, wie schon festgestellt wurde, nicht als ein ausschließliches Vorrecht der armen Klasse der Bevölkerung geschaffen, wenngleich deren soziale Lage in greifbarster Anschauung den unmittelbaren Anstoß gibt, denn das eben zu würdigende, strafmildernde, psychologische Zwangsmoment der Not kann auch an sich für den wirtschaftlich Gesicherten geeignet sein, ihn zur Begehung einer Notentwendung im konkreten Falle zu veranlassen. Der gegenteilige Standpunkt, ihm eine solche Möglichkeit abzusprechen, wäre geradezu falsch. Ja selbst für den Täter in selbstverschuldeter Notlage ist noch § 248 a anwendbar, doch wird in der Strafzumessung diesem Momente Rechnung zu tragen sein.[8]) Das Gesetz sagt ausdrücklich „aus“ Not, d. h. aus dem Zwange dieser Lage heraus muß der Täter schuldhaft gehandelt haben. „Aus“ Not kann er aber nicht mehr handeln, wenn er sich mit Absicht in solchen Zustand versetzte, um unter dessen Schutze das Notdelikt zu begehen; denn hier wird man richtiger sagen müssen, daß der Täter mit Hilfe der Not sein Vorhaben ausführte und aus selbstverschuldeter Not. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, ergibt sich auch eine befriedigendere Lösung für die Frage, ob man dem Geizhalse die Milderung der Strafe bei einer Notlage

---

[6]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248 a IV, 2 b, z. B. nicht Ehrennot; Meyer in DJZ. Bd. 17 S. 663.

[7]) Frank ebendort § 248 a IV, 2.

[8]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 248 a IV, 2; Wach, Vorlesungdruckbogen § 90 II b; Meyer in DJZ. Bd. 17 S. 663.

zubilligen darf. Das läßt sich eben immer nur von Fall zu Fall mit Sicherheit entscheiden. Der § 248 a läßt sich nur dann anwenden, wenn Not das einzige bestimmende Motiv des Täters gewesen ist. Sollte in diesem Satze nicht überhaupt eine feste Grenze der Beachtlichkeit der Not gefunden werden? Läßt sich doch manches unter der Festhaltung dieses Gesichtspunktes, der ja an sich keine Offenbarung enthält und nur den Grundgedanken auf seine eigene Basis stellen will, aus der Privilegierung des § 248 a ausschalten, wenn das Motiv der Not durch Mitwirkung eines anderen mehr oder minder starken getrübt erscheint, wie etwa eine gleichzeitige Lüsternheit oder de lege lata leider auch der entschuldbarste Leichtsinn.

Aus der Art der Fassung: „wer geringwertige Gegenstände aus Not entwendet oder nnterschlägt", wird man leicht geneigt sein, das Erfordernis der Not auf solche Gegenstände unmittelbar beziehen zu wollen. Bei dem Durchdenken der sich daraus ergebenden Folgen wird man aber doch anderen Sinnes werden. Diese Feststellung hat eine nicht zu unterschätzende Bedeutung; kein Wunder darum, daß ihre Lösung sehr bald nötig wurde. Das Reichsgericht beschäftigte sich mit ihr in einem Urteile des II. Strafsenats (Urteil v. 12. 11. 1912)[9]) und warf die Frage auf: „Muß der entwendete Gegenstand geeignet sein, unmittelbar der Not abzuhelfen?" Das Reichsgericht stützt sich in seinen Gründen der Verneinung solchen Erfordernisses auf die Motive zu § 248 a und entnimmt aus ihnen, daß eine Einschränkung im Sinne der gestellten Frage weder der Entstehungsgeschichte nach gewollt, noch aus dem Wortlaute des § 248 a abzuleiten sei. Dieser Entscheidung ist dem Grundgedanken nach zuzustimmen; das mögen folgende Fälle erhärten: Wenn der Täter aus Not weniges Geld entwendet, so begeht er eine Notentwendung im Sinne des § 248 a. Begehrte er das Geld, um eine Schuld auszugleichen, dann ist allerdings seine Not unmittelbar auf das geringwertige Geldobjekt gerichtet gewesen. Das Ge-

[9]) Es handelt sich hierbei darum, daß ein Arbeitsloser sich durch einen sogen. Handtäschchenraub in den Besitz des Geldes setzen wollte (RGE. Bd. 46 S. 265).

setz fragt aber nicht danach, ob der Täter das Erlangte entsprechend seiner ursprünglichen Absicht verwendet, wenn er sich also eines anderen besinnt und sich etwa Nahrungsmittel oder Kleidungsstücke dafür verschafft, so ändert das nichts mehr an seiner Strafwürdigkeit, sein Reat war mit der Entwendung bereits vollendet. Wenn er von vornherein seine Absicht auf die Entwendung von Geld richtet, das noch ungeachtet eines bestimmten Zweckes — oder eventuell mehrerer verschiedenen Zwecke — durch die Verwendung seiner allgemeinen Notlage steuern soll, d. h. dieses oder jenes Objekt seines Bedürfnisses befriedigt werden soll, so kann der Täter mit dem Objekte (Geld) — soweit er keine Schuld einlösen will, wie im vorigen Falle — an sich nichts anfangen, sondern nur mit dem dafür eingetauschten Gegenstande seines Bedürfnisses. Auch damit ist zuzugeben, daß die Not sich nicht unmittelbar nur auf das zu erlangende Objekt beziehen muß. Wenn ferner eine arme Arbeitersfrau ihrem Brotherrn mehrere Flicken Stoff entwendet, um für ihr Kind daraus ein Kleidungsstück zu fertigen, so sind an sich die Tuchfetzen nicht geeignet, die Not zu lindern, das vermag nur das fertige Kleid. Auch hier stehen die geringwertigen Gegenstände nicht in unmittelbarer Deckung mit der Not an ihnen.

Wohl aber wird verlangt werden müssen, daß die treibende Not selbst unmittelbar wirkt, daß sie eine gegenwärtige ist, um „aus“ solcher mißlicher Lage handeln zu können. Daß aber die erstrebte Linderung gleichzeitig bewirkt werden soll, mag für einzelne Fälle möglich sein, wesentlich ist das nicht. Für Gebrauchsgegenstände erscheint dieses Erfordernis schlechthin undenkbar, da sie ihrer Natur nach meist einem länger anhaltenden Bedürfnisse Rechnung tragen sollen; ferner ist es für die Fälle fortgesetzter Begehung nicht durchführbar.

Muß übrigens die Not unbedingt auch für den Täter bestanden haben? Durchaus ist das nicht erforderlich.[10]) „Aus Not“ kann auch die Mutter für ihr bedürftiges Kind die privilegierte Entwendung des § 248 a begehen. Der weiteste Per-

---

[10]) Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 g; Schwarze a. a. O. zu § 370, 5; Meves a. a. O. S. 323 N. 32, so für § 370, 5.

sonenkreis, den die Notlage schützend umfassen kann, ist in dem „Sympathie"verhältnisse[11]) gegeben, das zwischen den Beteiligten besteht.

Aber die Not, die der Täter bei einem Dritten beseitigen will, wird sich notwendig auch bei ihm selbst in einer Zwangslage, in einem sekundären Unvermögen äußern, das auch ihn veranlassen muß, „aus Not" zu handeln.[12])

Der Vorsatz muß außerdem auf geringwertige Gegenstände gerichtet sein. Schwierig gestaltet sich diese Feststellung, wenn der Entwender mit der Betätigung seines Entschlusses im Stadium des Versuchs stecken blieb. Hat der Täter eine Notentwendung begangen, wird man sich im allgemeinen damit begnügen müssen, anzunehmen, daß sein Vorsatz nur auf geringwertige Gegenstände gerichtet war. Läßt sich aber durch besondere Umstände feststellen, daß der Dolus des Täters weiterging, so wird man dieses Mehr in der Verschuldung in Rechnung ziehen können und müssen. Wenn aber die Tat gar nicht zur Ausführung kam und kein anderer Anhalt gegeben ist, der ersichtlich macht, ob der Täter sich geringwertige oder wertvolle Objekte zueignen wollte, als seine eigene Aussage, dann bleiben zwei Möglichkeiten denkbar. In leicht erklärlichem Pessimismus meint das Reichsgericht,[13]) jeder unqualifizierbare Versuch einer Zueignung stellt sich im Zweifel als Diebstahl oder Unterschlagung dar, war er nur auf Entwendung gerichtet, so muß das bewiesen werden. Der Optimismus wird dem entgegensetzen: beweisen kann man nicht, daß der Täter das gemeine Delikt begehen wollte, und es würde ungerecht und unrichtig sein, ihn mit dessen Versuchsstrafe zu belegen, wenn er tatsächlich nur eine Entwendung beabsichtigt hat. Es können die Beweisstücke des Reichsgerichts nicht Überzeugung wirken, daß es genüge, wenn der Entschluß des Täters darauf gerichtet war, durch Diebstahl etwa in den Besitz von Geld zu gelangen und ihm dabei der verborgene Wert des begehrten Objekts (z. B. wegen seiner Um-

---

[11]) Wie Binding, Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 310 für § 370, 5.
[12]) Ähnlich auch Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 248 a IV, 2 a.
[13]) RGE. Bd. 46 S. 267, 2.

hüllung) unbekannt blieb. Das Reichsgericht irrt, wenn es behauptet, „der Sachverhalt, wonach ihm (dem Täter) der Inhalt der Handtasche unbekannt war", spricht gegen die Möglichkeit der Annahme eines Vorsatzes nur eine geringwertige Sache wegzunehmen. Nein, ebensowenig dagegen wie dafür! Vielmehr bleibt eine richtige Entscheidung nur möglich, wenn man wissen könnte, wie sich der Täter zu verhalten gedenkt, wenn er seinem Entschlusse getreu nur geringwertige Gegenstände zu entwenden beabsichtigt, bei der Ausführung danach handelt und dabei mehr zu erlangen im Begriffe steht, als er haben wollte. Hier ist volle Klarheit erst möglich, wenn man wüßte, wie der Täter über das zuviel Erlangte verfügen würde, und dann erst könnte das Reichsgericht überzeugen, daß es im Rechte ist; da man aber dem Täter nicht ins Innere sehen kann, bleibt die Behauptung des Reichsgerichts als unbeweisbar abzulehnen.

Sind also keine Anhaltspunkte dafür gegeben, ob der Versuch auf eine bloße Notentwendung oder einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gerichtet war, dann kann nur die größere Wahrscheinlichkeit die Schuld nach der leichten oder schwereren Seite hin bestimmen, nicht einseitig — wie das Reichsgericht annimmt — nur nach der schweren.

Da die Entwendung vollendet ist mit der Aneignung aus Not und nicht weiterhin gefordert wird, daß die erlangten Objekte nun auch in diesem Sinne verwendet werden müssen, so kann der Täter späterhin mit ihnen verfahren, wie er will,[14]) sie insbesondere verkaufen. Hat aber die anderweite Verwendung schon in der Absicht der Wegnahme gelegen, so geschah die Tat eben nicht „aus Not", und der Täter wird zum Diebe oder Unterschlagenden.[14])

Daß im übrigen die Entwendung nur vorsätzlich und nicht

---

[14]) Analog für § 370 Abs. 5; Schlosky a. a. O. S. 27/28; Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 g; Frank (7. u. 8./10. Aufl.) § 270, 5 V; Oppenhoff a. a. O. § 370, 5 Nr. 19; RGE. Bd. 13 S. 371 und für § 248 a neue Entscheidung RGE. Bd. 46 S. 409: Es kommt nicht darauf an, ob der Angeklagte für das entwendete Geld nach Sachsen ging, um dort Arbeit zu suchen, bestimmend bleibt nur die Absicht der Wegnahme aus Not.

auch fahrlässig begangen werden kann, ist selbstverständlich, da das Gesetz die fahrlässige Begehung straflos läßt.

Über den Einfluß des Irrtums gilt allgemein das gleiche, wie für den Mundraub ausgeführt wurde. Wenn der Täter sich im Werte oder Objekte irrt und meint, einen geringwertigen Gegenstand zu entwenden, der in Wahrheit jedoch wertvoll ist, so entsteht dadurch kein gemeiner Diebstahl und keine gemeine Unterschlagung.[15]) Ein ähnlicher Fall würde auch dann vorliegen, wenn der Täter etwa einen alten Rock entwendet, in dem sich zufällig noch Geld in einer Tasche befindet. Schätzt der Entwendende aber den Wert richtig ein, so begeht er für den Fall, daß die Objekte als geringwertig nicht angesehen werden können, sehr wohl Diebstahl oder Unterschlagung nach § 242 oder § 246. Hier schützt ihn nicht jener Irrtum, daß seiner subjektiven Ansicht nach der Wert der von ihm entwendeten Gegenstände nur gering sei.[16]) Darüber hat er ja nicht zu entscheiden.

Die Handlung besteht in § 248a entweder in Entwendung oder Unterschlagung. Bedauerlich bleibt[17]) hier die Inkongruenz der Sprache. Während das Gesetz für Diebstahl die kleine Kriminalität mit „entwenden" bezeichnet, unterläßt es eine Unterscheidung für die Unterschlagung. Doch bleibt es erfreulich, daß der vorausgeeilten Theorie darin Rechnung getragen wurde, für die Unterschlagung die ihr gebührende Gleichstellung mit dem Diebstahle herbeizuführen, was nach der alten Fassung des § 370 Abs. 5 nicht anerkannt war.[18])

Besteht die Handlung aus mehreren einzelnen Akten, so rollt sich die Frage nach der Möglichkeit der Annahme eines fortgesetzten Delikts auf. Die Konstellation ist im wesentlichen die gleiche wie beim Mundraube. Trotz des Vor-

---

[15]) Frank, Kommentar 8./10. Aufl. § 248a IV, 3; Schwarze a. a. O. zu § 59; Berner a. a. O. S. 118.

[16]) Ähnlich Frank ebendort § 248a IV, 3.

[17]) Leider blieb Fingers Vorschlag in seiner Kritik der Novelle vor ihrer Durchberatung unbeachtet (GerS. Bd. 74 S. 354).

[18]) Wie für den Mundraub, so wird auch für die Notentwendung eine Ausdehnung der Privilegierung auf Beamtenunterschlagung abzulehnen sein.

liegens eines einheitlichen Vorsatzes (nicht bloßen Planes) bleibt aus § 248 a zu strafen, soweit der Täter eine Notentwendung in sukzessiver Begehung ausführt, also geringwertige Gegenstände aus Not nicht in einem einzigen Akte, sondern in einzelnen Stücken sich zueignet; z. B. ein Dienstmädchen entwendet der Herrschaft „aus Not“ mehrmals je zehn Pfennig bis zu einer Mark, um einen angerichteten Schaden, den sie zu vertreten beabsichtigt, decken zu können.

Beabsichtigt aber der Täter sich eine größere Menge, als sie § 248 a zu privilegieren imstande ist (wegen Überschreitung der Geringwertigkeit), zuzueignen, und handelt er danach, so ist hier eine Begehung aus Not auch dann nicht mehr imstande, ihm die mildere Bestrafung einer Notentwendung zuzusichern, wenn sich die im einzelnen erlangten Objekte jedesmal nur als geringwertig darstellen. Es entwendet z. B. ein mittelloses Dienstmädchen, das vor der Verheiratung steht, der Herrschaft eine ganze kleine Wäscheausstattung, indem sie sich nach und nach Stück um Stück zueignet. Hier würde die Unmittelbarkeit des Einflusses der Not erheblich in Frage gestellt, denn „aus Not“ könnte das Mädchen das erste, vielleicht noch ein zweites Stück allenfalls entwenden, aber eine wirtschaftlich bedrängte Lage bewegt sie nicht mehr ausschließlich zu ihrem Tun, wenn sie sich einen Vorrat ansammeln will.[19]) Ganz Ähnliches wie in diesem besonderen Falle der Notwendigkeit ergab sich schon für den Mundraub, indem dort allerdings in jedem Falle das Erfordernis des „alsbaldigen Verbrauchs“ ein Ansammeln nicht zuläßt.

Entwendet der Täter in mehrfacher Begehung jedesmal nur geringwertige Gegenstände, um durch sie seiner Not unmittelbar von Fall zu Fall abzuhelfen, so kann keinesfalls der Gesamtwert der erlangten Objekte zugrunde gelegt werden. In jedem Falle hat der Täter nur je eine Notentwendung begangen, mag die Summe der einzelnen Erfolge sein, wie hoch sie wolle, nie darf

---

[19]) Frank, Kommentar 8./10. Aufl. 248a II, 2 argumentiert auch für diesen Fall mit dem allgemein gültigen Einflusse der Zusammenrechnung des Werts der Objekte.

sie dazu führen, mehrere selbständige Notentwendungen zusammenzurechnen und als Diebstahl zu fassen.[20]) In diesem Falle ist generell kaum möglich festzustellen, ob ein fortgesetztes Delikt überhaupt vorliegen kann oder nicht. Das karg unterhaltene Dienstmädchen entwendet der Herrschaft bei bestimmten Gelegenheiten jedesmal zehn Pfennig, um sich dafür von Fall zu Fall „nötiges" Brot anzuschaffen. Beachtlich ist hierfür besonders, daß das planmäßige Vorgehen des Entwenders scharf zu scheiden ist von einer tatsächlichen fortgesetzten Begehung.

Nur geringwertige Gegenstände dürfen es nach § 248a sein, die der Täter entwendet oder unterschlägt.

Auch diese Ausdrucksweise des Gesetzes ist getadelt worden. Die festere Umgrenzung, insbesondere eine unverrückbare Wertgrenze ist aber auch durchaus nicht mehr als wünschenswert anzusehen.[21])[22]) Dafür haben schon die Motive des Reichsstrafgesetzbuchs v. 15. 5. 1871 allgemein Überzeugung gewirkt. Man kann sich wohl auch hier der sicheren Hoffnung hingeben, daß es dem richterlichen Ermessen möglich sein wird, auch auf sozusagen induktivem Wege das richtige Maß der Geringwertigkeit im konkreten Falle zu finden. Immerhin soll nicht verkannt werden, daß eine erhebliche Schwierigkeit sich daraus ergibt, daß das Gesetz nicht angibt, von welchem Standpunkt aus die Geringwertigkeit bemessen werden soll. Der objektive Wert hat vieles für sich,[23]) weil er eine Art ausgleichender Gerechtigkeit darstellt, aber darin liegt auch der Tadel, daß er als eine abstrakte Erscheinung dem Einzelfalle große Ungerechtigkeiten zufügen kann. Wohl in den meisten Fällen wird der objektive Wert mit dem im konkreten Falle angegriffenen nicht übereinstimmen. So muß man besser dem subjektiven Werte[24]) den

---

[20]) Frank ebendort § 248a II.

[21]) Träger in DJZ. Bd. 14 S. 453.

[22]) Wach, Legislative Technik, in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 34; and. M. v. Lilienthal in ZStW. Bd. 29 S. 655; Köhler (im Recht Bd. 10 S. 354) schlug objektiv feste Wertgrenze vor der Beratung vor und blieb damit erfolglos.

[23]) Temme a. a. O. S. 61: Der Betrag des Diebstahls bestimmt sich durch den Marktpreis, den die gestohlenen Sachen für sich und zur Zeit und am Orte der Entwendung haben.

[24]) Frank, Kommentar 8./10. Aufl. zu § 248a IV, 2.

Vorzug geben und vom Standpunkte des Täters aus die Geringwertigkeit beurteilen. Zur Vermeidung eines Irrtums muß dazu festgestellt werden, wozu Schlosky (a. a. O. S. 19) besonders anregt, daß der Entwender von seinem Standpunkte aus gewiß diese Gegenstände als hochwertig ansehen wird, soweit er ihre Zweckbestimmung im Auge hat. So ist aber diese subjektive Bewertung nicht aufzufassen; er hat vielmehr die Absicht, nur einen geringwertigen Gegenstand, dessen Wert sich erst durch den hinzutretenden Faktor der Not für ihn selbst zu einem Vielfachen multipliziert, zu erlangen. Es ist somit in der Ausdrucksweise Schloskys Ansicht scheinbar entgegengesetzt, laufen doch beide Meinungen in der Anwendung auf dasselbe hinaus. Eine bemerkenswerte Entscheidung fällte das Reichsgericht neuerdings in seinem Urteile v. 21. 1. 1913 (Bd. 46 S. 409 ff.). Der Sohn eines trunksüchtigen Vaters wurde von diesem ohne genügenden Lebensunterhalt gelassen und eignete sich widerrechtlich zwanzig Mark zu, die er einer dritten Person weggenommen hatte. Das Reichsgericht nimmt die Feststellung des Vorliegens der Not als richtig gelöst an, bemängelt aber, daß das erkennende Gericht das Wegnehmen des Objektes in Höhe von zwanzig Mark als geringfügig ansieht, in doppelter Hinsicht.

Wenig befriedigen kann die erste Begründung der Ablehnung vorliegender Geringwertigkeit: In den Verhandlungen des Reichstags hat ein Abgeordneter geäußert (RTV. Bd. 263 S. 3869, Sitzung v. 14. 1. 1911, 2. Beratung im Plenum), daß man ein Zwanzigmarkstück nicht als geringwertig ansehen könne. Ein Widerspruch ist nicht geltend gemacht worden. — Diese Überschätzung der Motive bleibt denn doch energisch zu verurteilen. Eigentlich erscheint ein Kommentar dazu überflüssig, man weiß aus der Fülle der Gegengründe gar nicht, wie viel und lange man dagegen sprechen soll. Nur folgendes werde noch bedacht. Vergegenwärtigt man sich eine so große Versammlung wie den Deutschen Reichstag mit den oft unübersichtlichen Reden, so wird darin wohl manches behauptet, das unwidersprochen bleibt, ohne damit der allgemeinen Billigung sicher zu werden, sei es, daß man auf eine Entgegnung keinen Wert

legt, sei es, daß die Geschäftsordnung das Widersprechen durch Debattenschluß vereitelt, oder sei es sonst ein Grund. Nie kann man mit einer unwiderlegten Behauptung solcher Debatten einen Grundsatz aufstellen. Nicht nur, daß alle Übersicht verloren geht, wenn man die ganzen Debatten der Entstehungsgeschichte dem Gesetze anhängen will, müßten in konsequenter Verfolgung dieser Meinung manche gegensätzlichen Äußerungen auch zwei gegensätzliche Ansichten rechtfertigen. Das wäre das Ende dieser Kunst der Auslegung. Und jene Motive der Novelle sind aus drei Sessionen des Reichstags zusammengetragen. Mit Recht ist betont worden, daß ein Verlaß auf sie darum unmöglich ist.[25]) Jedenfalls darf nur höchst vorsichtig von ihnen Gebrauch gemacht werden. Der Reichstag, der den Antrag Wellstein als Gesetz annahm, ist bei seiner viel linksliberalen politischen Stellung vielleicht aus ganz anderen Gründen (eine Debatte fand fast nicht statt) zur Annahme der Vorlage gelangt, als die unerledigten Vorverhandlungen der voraufgegangenen Sitzungsperioden ergeben haben würden. Keine Motive bestimmen in fester Grenze die Geringwertigkeit, wie sich selbst das Reichsgericht hier und weitherhin scheut, es zu tun. Das Gesetz läßt, wie auch — um das Reichsgericht mit eigenen Worten zu schlagen — die Motive es tun, absichtlich und mit gutem Grunde die Grenze der Geringwertigkeit flüssig.

Wenn ferner die Motive sich dahin aussprechen: besonders oft wird empfunden beim „Diebstahl an Sachen von ganz geringem Werte, auf deren Verlust auch der Verletzte kaum ... Bedeutung legt", daß sie mit zu schwerer Strafe belegt sind, so muß dem Reichsgerichte gegenüber auch dieser Beweis als mißglückt abgelehnt werden. Nur um deutlicher von der Notwendigkeit anderweiter Regelung des Mindernotdiebstahls zu überzeugen, führen die Motive die krassesten Fälle der Unzulänglichkeit an, und aus dieser Art der Fassung geht klar hervor, daß man auch Fälle privilegieren wollte, die nicht nur für den Verletzten nahezu bedeutungslos sind. Außerdem müssen wir uns zunächst an das Gesetz halten, und das mangelt dieser

---

[25]) Seidel in Monatsschr. f. Kriminalpsychologie Bd. 9 S. 197.

Entscheidung. Im Gesetze steht nichts, was solche Beschränkung rechtfertigt. Nach Ansicht des Reichsgerichts dürfte dann durch eine Notentwendung nie ein selbst wirtschaftlich Schwacher verletzt werden, da er ja jedem geringsten Dinge großen Wert beimißt, d. h. aber im Sinne der Motive, daß er dem selbst Bedürftigen nahezu unmöglich sein wird, auf den „Verlust von Sachen kaum irgendwelche Bedeutung zu legen". Hier richtet sich das Prinzip selbst. In den Kreisen geborener Notentwender z. B. gibt es nahezu wertlose Dinge so wenig, wie die Ansicht kommunistischen Genusses der Lebensgüter stark verbreitet ist (ob tatsächlich geübt, ist eine andere hier nicht zu entscheidende Frage).

Aber letzten Endes gibt das Reichsgericht doch zu, daß zwanzig Mark auch ein geringwertiges Objekt sein können, und in der daran geknüpften Forderung darf man seine Meinung teilen. Der Vorderrichter ist ebenso in der Lage wie dazu berufen, die Geringwertigkeit objektiv festzustellen, doch soll er gehalten sein, in seinen Urteilsgründen einwandfrei auszusprechen, was ihn im konkreten Falle veranlaßte, eine vorliegende „Geringwertigkeit" als gegeben anzunehmen. Das Entgegenkommen des Reichsgerichts soll anerkannt werden, und die Zukunft wird hoffentlich eine gedeihliche Weiterentwicklung im gleichen Sinne anbahnen.

Aus dem Worte Gegenstand wird sich ein Gegensatz zu den beweglichen Sachen der §§ 242, 246 nicht konstruieren lassen, und es gelten die für diese aufgestellten Sätze.

Wenn von einzelnen Seiten bezweifelt[26]) worden ist, daß auch Geld hierunter zu zählen sei, so bleibt das unverständlich. Obwohl man bei ihm auch volkswirtschaftlich verschiedene Funktionen zu unterscheiden gelernt hat, hört das Geld nie auf an sich eine bewegliche Sache und damit ein Gegenstand zu sein. Gleicherweise hat man bei der Entstehung des § 248a keinen Zweifel darüber gelassen.[27])

---

[26]) v. Lilienthal in ZStW. Bd. 29 S. 654; Träger in DJZ. Bd. 14 S. 453.

[27]) RTV. Bd. 275 N. 392 zu Antrag 46. Außerdem hat der Ministerial-

Nach dem Schlusse a majori ad minus fallen unter der Voraussetzung des § 248a auch die wertlosen Gegenstände unter die geringwertigen. (Über die prinzipielle Anwendung der Diebstahlsdelikte auch auf wertlose Sachen wurde oben beim Mundraube berichtet.)

Schließlich bedarf noch einer eingehenden Betrachtung der zur Verfolgung einer Notentwendung erforderliche Antrag.

Über die Personen, die zur Stellung des Antrags berechtigt sind, gehen die Ansichten sehr auseinander, da es streitig ist, wer im Sinne der Andeutung des § 65 als „Verletzter" anzusehen ist. Man wird sich der am häufigsten vertretenen Ansicht,[28]) daß sowohl der Eigentümer als der Gewahrsamsinhaber berechtigt erscheinen, anschließen können, da überzeugende Billigkeitserwägungen diese Auslegung als wünschenswert erscheinen lassen, ohne daß zu befürchten steht, daß die ratio legis diese Auslassung nicht zulasse. Für die Notunterschlagung unterliegt es ja keinem Zweifel, daß für sie nur der Eigentümer als Verletzter in Frage kommen kann.[29])

Mit der Einführung dieses Antragserfordernisses ist auch der schon beim Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs akut gewordene Streit wieder ausgebrochen, wie denn zu verfahren sei, wenn nach dem 5. 7. 1912 der Prozeß der Voraussetzung des erforderlichen Antrags ermangelt. Die Literatur hat diese Frage nicht sehr einheitlich beantwortet, da bestrittene Auffassungen prinzipieller Natur die Grundlage ihrer Lösung bilden. Ist im allgemeinen als feststehend anzusehen, daß der Antrag eine Prozeßvoraussetzung ist, so ist damit eine gewissermaßen sekun-

---

rat Dr. K. Meyer, der als Mitglied der Strafrechtskommission mit der Materie gut vertraut ist, in der DJZ. Bd. 17 S. 661 ff. wiederholt, daß auf Grund der Verhandlungen nicht bloß Kleidungsstücke, sondern auch Geld unter diese Bestimmung falle. So entschied auch neuerdings das Reichsgericht in RGE. Bd. 46 S. 409 ff.

[28]) Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 518 IV, 1; Frank, Komm. 8/10. Aufl. zu § 248a IV; Harburger in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 217; Olshausen a. a. O. zu § 370 N. 6, 2a; Oppenhoff a. a. O. § 65, 1 u. 3; Schwarz a. a. O. § 61, 5; Schlosky a. a. O. S. 43.

[29]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 622; Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 247 I.

däre Wirkung des Antragserfordernisses auch dem materiellen Strafrechte immanent.[30])

Diese Behauptung hält die Tatsache, daß der nur nach Antrag zu verfolgende Täter sicher nach günstigerem und warum damit nicht auch nach milderem Gesetze gestraft wird, als der ex officio zur Rechenschaft zu Ziehende? In diesem Sinne hatte sich schon (Art. III) der Strafgesetznovelle von 1876[31]) entschieden, als sie im umgekehrten Falle der Einschränkung der Zahl der Antragsdelikte zugunsten der Täter bestimmte, daß die vor dem Inkrafttreten der Novelle begangenen Handlungen noch nach den bisherigen Gesetzen — also nur auf Antrag hin — abgeurteilt werden sollten.

Ist aber das Gesetz, das einen Strafantrag voraussetzt, milder als ein gleiches, das diese Forderung nicht enthält, dann kann nach § 2 StGB. ein vor dem 5. 7. 1912 begangenes Delikt ohne einen rechtzeitig angebrachten Antrag zu keinem Sachurteile führen und bedingt nach bereits ergangenem Eröffnungsbeschlusse zwar keinen Freispruch, wohl aber die Einstellung des Verfahrens[32]) (§ 64 Abs. 2 StGB. mit § 259 Abs. 2 RStPO.).

Die dreimonatige Antragsfrist ist nach der Fassung des § 61 und mangels jeder Abschwächung dieser Bestimmung durch

---

[30]) Olshausen a. a. O. § 2 Nr. 20; Oppenhoff a. a. O. § 2 Nr. 18; Träger im GerS. Bd. 77 S. 134; Berner, Lehrb. S. 247; Mot. zu § 2 aus Puchelt a. a. O.; v. Campe in DJZ. Bd. 17 S. 1319 ff.; sehr ausführlich Goldschmidt in DJZ. Bd. 17 S. 1315—1318 („Zeitliche Kollision gesetzlicher Bestimmungen über den Strafantrag"); Hälschner a. a. O. S. 711; RGE. Bd. 46 S. 272; Wach, Vorlesung §§ 17 u. 73 (Voraussetzung der Strafverfolgungsmöglichkeit und damit der Strafbarkeit, und § 17 sagt ausdrücklich: Die Milde des Gesetzes bestimmt sich nicht nur nach der Strafdrohung, sondern nach seinem gesamten Inhalt, danach, ob das Gesamtergebnis der Anwendung des alten oder des neuen Rechts für den Delinquenten das objektiv günstigere ist). And. M. Hamm in DJZ. Bd. 17 S. 1296 und Binding, Handb. Bd. 1 S. 598 u. 253.

[31]) Aus Meves a. a. O. S. 373.

[32]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248a V, 1; Schwarze a. a. O. § 2 Nr. 7; RGE. Bd. 46 S. 275; OLG. Hamm Urt. v. 15. 10. 12 in DJZ. Bd. 17 S. 1360. And. M. Binding, Handb. S. 255; Oppenhoff a. a. O. § 61 Nr. 37.

eine anderweitige Vorschrift auch in diesem Falle vom Tage der Kenntnis von Tat und Täter an zu berechnen.[33])

Ein bereits vor dem Inkrafttreten der Novelle gesetzmäßig gestellter Antrag muß deshalb als verbindlich angesehen werden, weil sein Zweck erfüllt ist, den Willen des Verletzten zur strafrechtlichen Verfolgung auszudrücken.[34])

Weiterhin ist bei Zutreffen der hier einschlagenden Voraussetzungen für die Fälle, die bereits vor dem Inkrafttreten der Novelle abgeurteilt worden sind, ohne daß schon eine Verbüßung der Strafe stattgefunden hatte, in den Bundesstaaten den Vollstreckungsbehörden die Anweisung zugegangen, einstweilen die Vollstreckung auszusetzen und von Amts wegen Bericht an den Justizminister zu erstatten.[35])

Noch bleibt endlich zu untersuchen, inwieweit die gedrohte Strafe des § 248 a Befriedigung auszulösen vermag. Es hat, wie die Entstehungsgeschichte beweist, in den parlamentarischen Verhandlungen wie in der Literatur nicht an Stimmen gefehlt, die mit dieser vorgeschlagenen Bestrafung der Notentwendung durchaus nicht einverstanden waren. Darf man zunächst die Anregung, Delikte aus Not überhaupt straflos zu lassen, als über das Ziel hinausschießend ablehnen — besonders im Hinblick auf das Vorhandensein der Notstandsregelung für die schweren Fälle, so ist ernster der Vorschlag zu erwägen, den § 248 a dadurch zu beseitigen, daß dem § 242 für leichtere Fälle die Festsetzung einer Geldstrafe eingefügt werde. Gewiß hätte das vieles für sich. Würde man aber einerseits dem Entwender zuliebe die mildere Strafe ermöglichen, so ist dagegen nicht zu verkennen, daß man in späteren Jahren dem § 242 nicht mehr ansehen könnte, warum er die Geldstrafe in sich schließt, und die Gefahr einer Verwaschung des Diebstahlsbegriffs wäre, wenn auch nicht sicher, so doch immerhin möglich. Diese Anregung geht ja auch an der des § 248 a vorüber und hat ein anderes, weiteres Ziel

---

[33]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248 a IV (richtig V, 3); Goldschmidt in DJZ. Bd. 17 S. 1318; Binding, Handb. Bd. 1 S. 255.

[34]) Frank, Komm. § 248 a V, 3.

[35]) So für Preußen JMBl. v. 22. 6. 1912 (in DJZ. Bd. 15 S. 795; ebendort S. 900 für einen anderen Teil der Bundesstaaten).

im Auge: die Bestrafung des Minderdiebstahls überhaupt, wobei man einer Bewertung der Motive des Täters in der Strafzumessung genügend Rechnung zu tragen gedenkt. So weit hat sich aber die Novelle ihr Ziel nicht gesteckt gehabt. Nach dem erfolgreichen Bemühen des Reichstags ist für § 248 a Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder Gefängnis bis zu drei Monaten angedroht worden und damit nach § 27 Abs. 2 GVG. die Zuständigkeit der Schöffengerichte statuiert.

§ 3.

Die Stellung der Notentwendung (§ 248 a) im Systeme des geltenden Strafrechts.

Für die Eingliederung des § 248 a in das Strafrechtssystem sind die allgemeinen Richtlinien, wie sie für den Mundraub nach dem heutigen Stande der Wissenschaft und Praxis im Abrisse erläutert sind, sehr oft auch hier als maßgebend zu betrachten.

So gilt insbesondere auch für die Stellung des § 248 a zu § 242, daß die Notentwendung einen privilegierten Fall des Diebstahls und kraft positiver Vorschrift auch der Unterschlagung gegenüber der gemeinen des § 246 bildet.[1])

---

[1]) Wach, Vorlesung § 90 II, b; and. M. und für Stellung als Sonderdelikt treten ein: v. Lilienthal in ZStW. Bd. 29 S. 654. Wenig glücklich erscheint hier die Beweisführung in Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248 a I. Demnach soll für die Sonderdeliktsnatur entscheiden, daß § 248 a Abs. 3 (Straflosigkeit gewisser Verwandten) den § 247, 2 wiederholt, was an sich unnötig wäre, wenn § 248 a unter den Diebstahlsbegriff fiele. Für § 370 Abs. 5 wird aber die gleiche Folgerung nicht gezogen, vielmehr § 370 Abs. 5 als privilegierter Diebstahl anerkannt. Diese Beweisung kann schon darum nicht überzeugen, weil das geltende Strafrecht durchaus die Konsequenz vermissen läßt, nach der solche Zusätze unzweideutig ein systematisches Verhältnis andeuten wollen. Ebenso ist die in der Dissertation von Brand (S. 17) vertretene Ansicht abzulehnen: Die gleichmäßige Auszeichnung des Diebstahls und der Unterschlagung sowie die für den Tatbestand geschaffene neue technische Bezeichnung „Entwendung“ macht die Absicht der Verfasser, ein Sonderdelikt schaffen zu wollen, ersichtlich. Nun bleibt aber doch eine solche Bezeichnung etwas durchaus Willkürliches, sie könnte ohne Schaden fortfallen; und keineswegs ist sie fähig, die Deliktsnatur selbst zu beeinflussen. Gleich unwesentlich erscheint die Zusammenfassung von Diebstahl

Die Tatbestandsmerkmale dieser beiden Delikte werden (wie im vorigen Abschnitte festgestellt worden ist) in doppelter Hinsicht beschränkt: im Vorsatze durch das Erfordernis „aus Not“ und betreffs der Objekte in der Hervorhebung der Geringwertigkeit. Damit stellt sich § 248 a nur dar als die mit einem besonderen Strafrahmen erkenntlich gemachte teilweise (nämlich nur soweit „aus Not“) kleine Kriminalität der §§ 242 u. 246. Ist also für die Ansicht, den § 248 a als Sonderdelikt zu fassen, ein zwingender Grund nicht ersichtlich, so ist andererseits daran festzuhalten, daß diesem Delikte — wie dem Mundraub — eine derart selbständige Natur eignet, daß es nicht ratsam erscheint, seine Handlungserfolge mit den Strafvorschriften des gemeinen Diebstahls und der gemeinen Unterschlagung unbedingt zu verknüpfen.

Damit ergibt sich zunächst die schwer befriedigend zu lösende Frage, ob zwischen Notentwendung und Diebstahl oder Unterschlagung Idealkonkurrenz bestehen kann.[2]) Frank[3]) bestreitet das, und zwar mit der Begründung, § 248 a verlange, daß der Täter sich auf geringwertige Gegenstände beschränken müsse;[4]) nähme er mehr oder anderes dazu, so begehe er insgesamt einen einfachen Diebstahl. Was soll aber werden, wenn er sich nicht beschränken kann? Es braucht z. B. der mittellose Täter für einen erkrankten Angehörigen Eis zu kühlenden Umschlägen. Er verschafft sich solches aus einem ihm zugänglichen Raum, kann es aber nur forttragen, wenn er das Behältnis, einen Weinkühler mittleren Werts, mitnimmt. Reicht sein Dolus nicht so weit, daß er das Gefäß mit umfaßt, so wird man ihm die Wegnahme des Transportgefäßes als solchen nach allgemein anerkanntem Grundsatz nicht zur Last legen können, wenn er seiner-

---

und Unterschlagung zu einem Paragraphen. Schon daraus, daß man ihn ebensogut in zwei gesonderte Satzungen zerlegen könnte (wie Schweizer VE. §§ 246, 247), folgt, daß dieser rein technisch praktischen Bestimmung keine besondere inhaltliche Bedeutung zukommen kann.

[2]) Für § 370, 5 allgemein bejaht.

[3]) Komm. 8./10. Aufl. § 248 a I.

[4]) Für § 370, 5 behauptet auch er das nicht und läßt Idealkonkurrenz mit Diebstahl zu (Komm. 7. Aufl.).

seits alles dazu tut, den Weinkühler seinem Eigentümer oder Besitzer wieder zuzustellen. Unterläßt er das, so ist nach einer weitverbreiteten Ansicht Unterschlagung anzunehmen. Wenn er aber selbst kein einziges Gefäß zu eigen hat, in dem er das Eis aufbewahren kann, und sich entschließt, beides zu entwenden, weil ihm das eine ohne das andere nichts nützt, so begeht er an dem Eise nach § 248 a (vielleicht auch nur § 370 Abs. 5) eine Notentwendung, an dem Gefäße einen einfachen Diebstahl und beides in einer Handlung — der Wegnahme des mit Eis gefüllten Weinkühlers — also in idealer Konkurrenz. Darum kann der Meinung Franks nicht zugestimmt werden, daß die ratio legis diese Beschränkung erheische. Dem bemitleidenswerten Täter wäre — rein theoretisch — schlecht gedient, wenn man von ihm Beschränkung auf die Wegnahme des Eises verlangen müßte.

Praktisch erscheint die Lösung dieses Konflikts allerdings einfacher, denn nach § 73 wird der Täter sowieso aus § 242 oder § 246 zu bestrafen sein. Immerhin wird, wenn man die in der Idealkonkurrenz hier zusammenwirkenden beiden Momente (den kleineren Diebstahl verbunden mit der milden Notentwendung) im Auge behält, die Strafzumessung besser das Richtige treffen, als wenn nur einfacher Diebstahl angenommen wird.

Nach Franks Meinung muß man die beiden verschiedenen Fälle, daß der Täter einmal nur Geringwertiges entwenden will, aber weiterhin etwas Mehrwertiges oder anderes dazu nimmt, zum anderen Male aber von vornherein über den Rahmen der Privilegierung hinaus handelt, gleichbewerten. Innerhalb des zweiten Falles bleibt natürlich diese Ansicht voll gerechtfertigt, wenn der Täter etwa in eintätiger Handlung einen gemeinen Diebstahl begeht, der ungewollt den Tatbestand einer (dann nur scheinbaren) Notentwendung mit in sich aufnahm. Hier erscheint ein Herausschälen der Besonderheit der Notentwendung durchaus ungerechtfertigt.

Eines eigentümlichen Falles ist für die Unterschlagung zu gedenken. Wenn etwa jemand von einem Zueignungsberechtigten den Auftrag oder die Erlaubnis erhält, für ihn zu okkupieren, und in Erfüllung solcher Stellvertretung nach der Besitzergreifung

sich das Objekt — etwa das Fell eines Tieres — aus Not zueignet, so begeht er eine Notunterschlagung, denn mit der Besitzergreifung durch den Vertreter wurde zunächst der berechtigte Auftraggeber Eigentümer des Felles und darauf durch die widerrechtliche Zueignung des Beauftragten das Opfer einer Notunterschlagung.[5]) Wenn der Täter den Zueignungswillen vor erfolgter Besitzergreifung hatte, dann findet allerdings Notunterschlagung nicht mehr statt.[6])

Soweit der Täter „aus Not" eine Mindernotunterschlagung begangen hat, ist in beschränktem Maße eine Konkurrenzannahme mit §§ 133, 137 gerechtfertigt.[6])

Im übrigen trifft Notdiebstahl und Notunterschlagung die gleiche Strafe. Es sind also das Motiv der Not und die Geringwertigkeit des Objekts in solchem Maße gewürdigt worden, daß sie die prinzipielle Verschiedenheit der Bestrafung der Grunddelikte nach §§ 242, 246 hier glücklicherweise[7]) nicht erfordern.

Von ganz besonderer Wichtigkeit ist die selbständige Natur der Notentwendung auf die Anwendbarkeit der Qualifikationen der §§ 242 und 246. Sie finden grundsätzlich keine Anwendung weder nach intensiver Begehung im Sinne des § 243,[8]) noch nach § 246 Abs. 1 Satz 2,[9]) noch für den Fall mehrfacher Wiederholung gemäß § 244.[10]) Da nach § 248a für den Fall der Notunterschlagung die Anvertrauung des Objekts nicht besonders erwähnt ist, fällt auch diese Qualifikation aus und ist nur in der Strafzumessung straferhöhend beachtlich. Wohl nicht allgemeiner Zustimmung kann sich die Äußerung Fingers[11]) erfreuen: „An

---

[5]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 246 II, 3c a. E.

[6]) Frank ebendort § 246 VII.

[7]) Für solche Notwendigkeit der Gleichstellung ganz allgemein vgl. besonders Wach, Legislative Technik, in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 70, 2.

[8]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248a I, 2; Wach, Vorlesung § 90 II b; Meyer in DJZ. Bd. 17 S. 663; Träger in DJZ. Bd. 14 S. 453; v. Campe in DJZ. Bd. 17 S. 1319; Motive zur Novelle, s. oben. Im übrigen wird hierher die Literatur für die gleiche Frage zu § 370 Abs. 5 zu rechnen sein. (Ebenso Schwabensp., s. oben S. 16; and. M. Sachsensp. s. oben S. 15.)

[9]) Frank ebendort § 248a I, 2.

[10]) Wie Anm. 8.

[11]) GerS. Bd. 74 S. 353.

sich ist die Begründung der Motive zu bedauern, weil sie bestärken wird die vom Standpunkte des geltenden Rechts falsche Anschauung, daß die Privilegierung des § 370 Abs. 5 StGB. nicht bloß gegenüber dem einfachen, sondern auch gegenüber dem schweren Diebstahle des § 243 StGB. Platz greift. Diese von der gemeinen Meinung (Theorie und Praxis) festgehaltene Anschauung ignoriert den großen Unterschied, der zwischen dem Falle besteht, in welchem jemand dem Zugriffe freistehende Genußmittel zu sofortigem Gebrauche entwendet, und dem Falle, in welchem er, um zu denselben zu gelangen, Hindernisse überwinden, einbrechen, sich einschleichen, falsche Schlüssel anwenden muß".

Und es ließen sich keine Gründe anführen, die einen Schutz solcher Intensität des verbrecherischen Willens rechtfertigten, denn durch den unmittelbaren Anblick werde das Bedürfnis gesteigert und die Gefahr der Versuchung erhöht. Erdrückend aber soll die Tatsache belasten, daß man beim einfachen Mundraub von der Strafe des § 242, also von fünf Jahren Gefängnis auf sechs Wochen Haft und für den Fall hinzutretender Qualifikationen von zehn Jahren Zuchthaus auf sechs Wochen Haft die Strafe mildere.

Da diese Stellungnahme von prinzipieller Bedeutung für den § 248 a ist, erscheint es nötig, ihre Rechtfertigung einer Prüfung zu unterziehen. Es war ja bereits in dem besonderen Abschnitte die Stellung des Mundraubs zum Diebstahle erörtert worden und zur gleichen Frage dort schon Stellung genommen und der Mundraub als privilegierter Diebstahl aufgefaßt worden, da er letzten Endes doch nur einen Ausschnitt aus dem umfassenderen Delikte des § 242, wie ebenso § 246, bildet trotz der seit mehr als tausend Jahren selbständigen Natur.

Einmal ist es nicht zur Evidenz klar, daß, wie auch viele tatsächlich meinen, der § 370 Abs. 5 sich keine Anwartschaft als Sonderdelikt erworben habe; das liegt an der nicht ganz geklärten Struktur dieses Begriffs, zum anderen ist aber auch der Mundraub, wenn man ihn als privilegierten Diebstahl faßt, derart selbständig in Entwicklung und Wirksamkeit, daß er nicht unbedingt alle Schicksale des Diebstahls teilen muß. Geht doch

dieser besondere Diebstahl, den man darum auch besser Entwendung nennt, so weit, gegenüber dem gemeinen Diebstahl eine derogierende Gewalt hinsichtlich der von ihm geschützten Objekte auszuüben. Darum zwingt auch die Logik — es wäre sogar falsch — nicht dazu, den § 370 Abs. 5 durch Anwendung der nicht für ihn geschaffenen Qualifikationen des § 243 zu schärfen. Ein großer Teil der durch § 370 Abs. 5 geschaffenen Wohltaten wird mit solch engherziger Auslegung paralysiert, wenn wir den Dieb, der Hungers willen einsteigt oder erbricht, mit ungeheuer geschärfter Strafe (sprunghaft von § 370 Abs. 5 auf § 243) belegen wollten. Wenn einer tatsächlich vom Hunger geplagt wird, daß er sich sagt, riskiere schon lieber den Rechtsbruch, als daß du noch weiter hungerst, dann ist das Moment der Lüsternheit beim Anblick von Eßwaren nicht das Ausschlaggebende, dann wird der Täter ebenso oft erst nach solchen Dingen suchen müssen, bisweilen auch einsteigen oder erbrechen. Ein solcher Einbrecher ist aber wohl ungleich ungefährlicher als der gemeine Dieb, dem so gut wie nichts heilig ist, dem Dieb um jeden Preis. Und die beiden sollten wirklich im Falle der Qualifikation, wo die ethischen Momente noch weiter trennen als sonst, aus einem gemeinsamen Strafrahmen ihren Reat büßen?[12]) Darum erscheint das Gesetz dem Falle angepaßter, indem es für den Fall der Qualifikation die Maxima für den Mundräuber (durch Belassen bei § 370 Abs. 5) und den gemeinen Dieb noch weiter auseinander gelegt hat. Die Art aber, wie Finger mit dem Argumente der ungeheueren Gegensätzlichkeit der gesetzten Strafmaxima überzeugen will, bedarf an sich schon einer Richtigstellung, denn selbst wenn mit ihm Einigkeit über die Zulässigkeit der Qualifikationen herrschte, ist es nicht gut möglich, einen Entwender mit zehn Jahren Zuchthaus jemals zu bestrafen. Es kann eben eine Relation zwischen diesen verschiedenen Maximalstrafen nicht aufgestellt werden, denn ein Dieb, der zehn Jahre Zuchthaus verdient hat, wird mit einem doch harmlosen Entwender nicht eben viel gemein haben.

---

[12]) Diese Forderung ist in ihrer vollen Schärfe sonst nur von Binding vertreten worden: Handb. Bd. 1 S. 334; Lehrb. Bes. Teil Bd. 1 S. 304.

Um dem bedauerlichen Zwiste in diesem Punkte ein Ende zu bereiten, müßte eben auch dem § 248 a zur Hervorhebung der Qualifikationen ein höher gelegter Strafrahmen beigegeben werden. Das Schweigen des Gesetzes bleibt bedauerlich. Die wiederholten Äußerungen der Nichterstreckung auf § 248 a in den Verhandlungen und Motiven können nicht als ausreichend angesehen werden, denn sie besitzen keine gesetzesähnliche Autorität. Kann doch selbst von den widersprechendsten Standpunkten aus der gleiche Gedanke zum Gesetze erhoben werden. Klarheit und Übersichtlichkeit müssen bei dieser Lösung einzelner Fragen außerhalb des Gesetzes unverdient Not leiden. Gerade darum erweist sich die Betrachtung des Gangs der Verhandlungen als förderlich für das Verständnis bei bewußt offen gelassenen Lücken. Schwierig lösen sich die Verwicklungen der Konkurrenz der Notentwendung mit dem Einbruchsdiebstahle des § 243.

Im einzelnen ist hierzu zu bemerken: Will der Täter einsteigen, einbrechen oder erbrechen, um aus Not geringwertige Gegenstände zu entwenden, nimmt er aber tatsächlich andere Gegenstände auch noch mit, so ist zu entscheiden: Wenn der Dolus unbedingt gerichtet ist auf Notentwendung mittels Einsteigens, Einbruchs oder Erbrechens, so bleibt der Täter nach § 248 a zu beurteilen; begeht er nun weiterhin einen einfachen Diebstahl auf Grund eines neuen selbständigen Entschlusses (§ 242), so stehen beide selbständigen Handlungen in realer Konkurrenz.[13])

Hat aber der Täter von vornherein die (doppelseitige[14])) Absicht, Objekte von beiderlei Art (den mit Eis gefüllten Weinkühler) in ein und derselben Handlung an sich zu bringen, so begeht er beide Delikte in idealer Konkurrenz, mit dem beachtlichen Unterschiede, daß für diesen Fall § 248 a mit § 243 (!) zusammentrifft, da das qualifizierende Einsteigen von Anfang an auch für den Diebstahl zutrifft.

Findet derselbe Täter keine geringwertigen Gegenstände vor und lenkt nunmehr seine Absicht auf andere Objekte, so

---

[13]) RGE. Bd. 14 S. 316; Schlosky a. a. O. S. 36 für § 370, 5.

[14]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 574.

bleibt die erste Tat mitsamt dem Einsteigen, Erbrechen, soweit § 248 a in Frage kommt, strafloser Versuch (über das Einsteigen usw. ist besonders zu sprechen, s. unten!) und der Diebstahl aus § 242 zu strafen.[15])

Kann der Täter auch solche Gegenstände nicht erlangen, so ist er nur wegen versuchten einfachen Diebstahls zu strafen.

Erfolgt das Einsteigen usw., um zunächst nur Diebstahlsobjekte des § 242 zu erlangen, und begeht der Täter auf Grund neuen Entschlusses darauf eine Notentwendung, so verwirkt er Strafe aus §§ 243 und 248 a in realer Konkurrenz.

Bei vorgefaßtem Entschlusse und entsprechender Ausführung der Tat in ein und derselben Handlung gilt nach dem im ersten Falle Gesagten Idealkonkurrenz zwischen §§ 243 und 248 a.

Findet der Täter in diesem Falle keine für gemeinen Diebstahl geeigneten Objekte vor und entschließt sich, „aus Not" wenigstens geringwertige Gegenstände mitzunehmen, so liegt Realkonkurrenz vor zwischen versuchtem schweren Diebstahl und Notentwendung.[16])

Findet er auch solche privilegierte Objekte nicht vor, so ist er nur wegen versuchten schweren Diebstahls zu bestrafen, da der Versuch der Notentwendung straflos bleibt.

Dies gilt unbeschadet der Ansicht, die von der Dissertation von Gérard[17]) vertreten wird. Nach ihr soll die Versuchsstrafe absorbiert sein und darum zur Bestrafung nicht herangezogen werden können. Dieser Meinung ist aber nur insoweit recht zu geben, als es sich handelt um einen tatsächlich freiwilligen Rücktritt vom Versuche.

Steigt der Täter ein oder erbricht er mit unbestimmtem Diebstahlsvorsatze und begeht er nunmehr eine Notentwendung, so wird regelmäßig anzunehmen sein: Versuch eines schweren Diebstahls und begangene Entwendung aus § 248 a in idealer Konkurrenz.[18])

---

[15]) RGE. Bd. 14 S. 312 u. 316.
[16]) RGE. Bd. 30 S. 68/69.
[17]) S. 46.
[18]) Frank, Komm. 7., 8./10. Aufl. für § 370 Abs. 5.

Ist an sich die Ausdehnung der Diebstahlsqualifikationen auf § 248a nicht annehmbar, so ist andererseits erforderlich, eine Bestrafung der nicht absorbierten Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs anzuerkennen, die in realer Konkurrenz zur Notentwendung stehen.[19])

Begeht der Täter einen Notdiebstahl mit Zuhilfenahme von Nachschlüsseln, so ist eine besondere Bewertung dieses Tatbestandsmerkmals de lege lata außer acht geblieben.[20]) Gleiches gilt (vorbehaltlich des § 367 Ziff. 9), wenn der Entwender Waffen bei sich führte.[20]) Für einen Notdiebstahl zur Nachtzeit bleibt mangels anderer Bestimmung nur übrig die Annahme einer Konkurrenz zwischen § 248a und § 123 (Hausfriedensbruch).

Träger[21]) hielt eine Strafe von sechs Monaten Gefängnis für zu gering (nunmehr sind es gar nur noch drei Monate) und belegte diese Behauptung nur mit einem Beispiele. Zwei schon oft bestrafte gefährliche Handwerksburschen brechen zur Nachtzeit bewaffnet in einen Schuhladen ein, um dort je ein Paar Schuhe als Ersatz für die eigenen zerrissenen zu entwenden Im ersten Augenblicke scheinen die Superlative der Strafwürdigkeit Trägers Ansicht voll zu rechtfertigen. Doch wird zumeist anerkannt, daß der mit der Notentwendung verbundene Hausfriedensbruch in Konkurrenz mit § 248a unbedingt strafbar ist. Und gerade für den Hausfriedensbrecher mit Waffen sieht § 123 Abs. 3 eine bis zu einem Jahre geschärfte Gefängnisstrafe vor. Sollte das nicht genügen? So wesentlich ist das Waffenführen wohl überhaupt nicht beachtlich, wie die Kasuistik des Gesetzes hier (in § 243) glauben machen will. Macht der Täter tatsächlich Gebrauch von Waffen, dann trifft ihn sowieso entsprechende Strafe. Hat er sie zur Deckung seiner Person bei der Ausführung mitgenommen, würde richterliches Ermessen besser die richtige Würdigung größerer oder geringerer Intensität der Schuld zu üben imstande sein als diese Gesetzes-

---

[19]) Frank, Komm. 7. Aufl. zu § 370, 5; Olshausen a. a. O. zu § 370, 5 $i\beta$; Oppenhoff a. a. O. zu § 370, 5 N. 21; and. M. Schlosky S. 36, nämlich Idealkonkurrenz.

[20]) Schlosky a. a. O. S. 35/36.

[21]) DJZ. Bd. 14 S. 456.

bestimmung, die in der Wissenschaft zu einer befriedigenden Klarheit nicht geführt hat. Wenn die beiden nichtswürdigen Handwerksburschen nach ihren sonstigen Gaunerstreichen „aus“ einer vom erkennenden Richter angenommenen „Not“ handeln, dann wird in diesem Falle an ihnen die Notentwendung samt konkurrierenden Erweiterungen zu strafen sein und nicht ihr Vagabundentum schlechthin. Vor wahrer Not wird man eben mit allen Bedenken haltmachen müssen, da es in unserer Zeit nicht mehr üblich ist, dem Nichtsnutz menschliche Milde zu verschließen. Wenn er aus Not Speise und Kleidung zur Beseitigung von Hunger und Frost entwendet, dann will man auch ihm die Privilegierung nicht versagen.

Fernerhin kann eine Vorstrafe nach § 248 a nicht als rückfallbegründend eine später erfolgende Entwendung oder einen späteren Diebstahl qualifizieren.[22]) Wenn aber die Vorstrafe unter der Herrschaft des alten Rechts auf Grund des § 242 ausgesprochen worden ist, so ist der Täter seinerzeit „als Dieb“ bestraft worden; und es erscheint neben der technischen Schwierigkeit der nachträglichen Feststellung überhaupt nicht als gerechtfertigt, auf Grund einer an sich als erlaubt geltenden sachlichen Nachprüfung der Gründe der damaligen Urteilsfindung für den Fall, daß der abgeurteilte Reat nach heutigem Rechte nur eine Notentwendung darstellen würde, vom retrospektiven Standpunkte aus den ehemaligen Dieb für einen Entwender zu erklären und damit der Rückfallsmöglichkeit zu entziehen.[23]) Denn auf Grund des damaligen Urteils ist oft nicht positiv festzustellen, gerade bei der schwankenden Grenze zwischen § 248 a und § 242 und seinen Erweiterungen, ob der Täter seinerzeit nur eine Notentwendung begangen haben sollte. Waren doch die für ihr Vorliegen nunmehr geforderten besonderen Momente seinerzeit zwar für die Zumessung beachtlich, so unterblieb doch meist eine eingehende Erhebung ihres Vorhandenseins zum Zwecke einer Differen-

---

[22]) Frank, Komm. (8./10. Aufl.) zu § 248 a I, 4.

[23]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. §§ 244, 245 II, 1; and. M. 7. Aufl. zu § 245; Olshausen a. a. O. § 244 Nr. 11; Oppenhoff a. a. O. § 244 Nr. 5; Schwarze a. a. O. § 244 N. 4 u. 5; v. Campe in DJZ. Bd. 17 S. 1320; RGE. Bd. 47 S. 147 (neue Entscheidung 1913).

zierung im heutigen Sinne. Damit könnte die sachlich gewollte Feststellung für den Fall, daß sich die Meinung des damaligen Richters mit dem, was der heutige daraus entnimmt, nicht deckt — und weil die Ansicht des Vorderrichters nicht zweifelsfrei bekannt ist, bleibt dies unbeweisbar —, bedenklich nahe an eine unstatthafte formelle Nachprüfung streifen.

Zu § 247 ist die Stellung der Notentwendung nicht einheitlich zu beantworten. Die sachliche Wiederholung des § 247 Abs. 2 in § 248 a Abs. 3 erübrigt eine Betrachtung der Tat gegen Deszendenten und Ehegatten. Das Konglomerat des 1. Absatzes des § 247 enthält: „Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht ... ist nur auf Antrag zu verfolgen". — Das geschieht ja für die Notentwendung schon an sich. Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung im Sinne jener Stelle könnten zwar sehr wohl nach § 248 a privilegiert sein. Gewonnen wird aber mit dieser pleonastischen Normierung der Privilegierungen an sich nichts.

Noch auffälliger gilt das für den zweiten Teil des § 247 Abs. 1: „wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen".

Auch hier kann es sich natürlich um eine bloße Notentwendung handeln, und die Kumulierung der Bestimmungen gilt wiederum als entbehrlich. Auch der dritte Absatz des § 247 berührt § 248 a nicht, sondern dieser bewahrt sich seine Selbständigkeit. Wach[24]) möchte diese Frage offen lassen, und das deckt sich allerdings mit dem bedauerlichen Schweigen des Gesetzes. § 247 ist nun aber im ersten Absatze hinsichtlich des Antragserfordernisses überflüssig für die Notentwendung, ebenso der zweite Absatz für die Straflosigkeit gewisser Verwandten. Da diese Bestimmungen für § 248 a besonders statuiert sind und der Fall des § 247 Abs. 3 ausgelassen wurde, erscheint es zunächst wahrscheinlich, daß dieser hier nicht angenommen werden sollte; liegt doch der Geltungsbereich des § 247 zunächst auf

---

[24]) Vorlesung-Druckbogen § 90 II b.

dem Gebiete des gemeinen Diebstahls und der gemeinen Unterschlagung und nicht auf dem des selbständigen § 248 a. Zudem erscheint § 247 Abs. 3 von nicht weitertragender Bedeutung, als über diese im Paragraphen selbst hinaus, indem er nur eine Ergänzung zu Abs. 1 und 2 enthält. Eine analoge Anwendung zu § 248 a erscheint nun durchaus wünschenswert, und dem kommt der Gesetzgeber selbst entgegen. Aus der Fassung des § 248 a Abs. 3 will es nämlich durchaus erlaubt erscheinen, anzunehmen, daß die Verwandten aufsteigender Linie sowie Ehegatten nur höchstpersönlich von Strafe befreit sein sollen, während im übrigen für alle Teilnahme diese Milde nicht anzuwenden ist; gleicher Sinn liegt ja dem Strafrecht auch anderweit in § 247 Abs. 3 und allgemeiner und nur formell beengt in § 50 zugrunde.

Wie die Bestrafung der Notentwendung ihre obere Grenze im gemeinen Diebstahl und der Unterschlagung findet, so ist sie nach unten beschränkt durch den Geltungsbereich des § 370 Abs. 5.[25]) Die §§ 242, 246 enthalten alle nur erdenklichen Objekte, soweit sie beweglich sind und bewußtermaßen in fremdem Eigentum stehen, der § 370 Abs. 5 schützt nur ganz wenige — altfränkisch kasuistisch[26]) — Nahrungs- und Genußmittel und schließlich nicht eben viel mehr in den Gegenständen hauswirtschaftlichen Verbrauchs. Die Notentwendung steht hinsichtlich der Objekte näher[24]) den in §§ 242, 246 unter Strafe gestellten als der engen Privilegierung des § 370 Abs. 5. Damit wird man dem § 248 a nur gerecht, wenn man seine durchaus selbständige Berechtigung anerkennt und ihn nicht nur fassen will als eine gesetzliche Handhabe zur weiteren Interpretierung

---

[25]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. § 248 a I a. E.

[26]) Wach skizziert den Begriff als ein Abschreckungsbeispiel, wie es nicht verwendet werden sollte („Legislative Technik", in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 40).

[27]) Allerdings nicht völlig gleich, denn nicht wenige Dinge sind von der Geringwertigkeit ihrer Art nach durchaus ausgeschlossen. Nur in diesem beschränkten Umfange kann RGE. Bd. 47 (1913) S. 253 richtig aufgefaßt werden: § 248 a privilegiere „jeden Dieb an jedem Gute", soweit der Täter nämlich nur Geringwertiges entwendet; und S. 256 ebendort: „§ 248 a soll alle Gegenstände des Diebstahls umfassen".

des engen § 370 Abs. 5,[28]) wie früher schon mit den Versuchen geschah, Brennmaterialien unter die Mundraubsobjekte des § 370 Abs. 5 nach seiner alten Fassung im Reichsstrafgesetzbuche v. 15. 5. 1871 zählen zu können, aber glücklicherweise von der Praxis und Wissenschaft abgelehnt worden ist.[29]) Ist also begrifflich der gemeine Diebstahl und die gemeine Unterschlagung die Grundlage des gesamten Diebstahls- und Unterschlagungsdelikts, so übernimmt zu ihrem Teile — nämlich „aus Not" — die Entwendung des § 248 a die Pönalisierung der kleinen Kriminalität. Sie wieder findet de lege lata eine weitere Abstufung im § 370 Abs. 5. Hat also eine widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache stattgefunden, so ist Diebstahl und Notentwendung ausgeschlossen, soweit nur eine Aneignung von hauswirtschaftlichen Verbrauchsmitteln (§ 370 Abs. 5 nach der Novelle v. 19. 6. 1912) vorliegt; § 242 und § 370 Abs. 5 bleiben unanwendbar, soweit § 248 a erfüllt ist.

Praktisch ergibt sich allerdings hierbei eine beachtliche Erweiterung für viele Fälle, die § 370 Abs. 5 nicht zu umfassen vermag, so für alle wirtschaftlichen Güter, die nicht bloß rein hauswirtschaftliche sind, weiterhin für die Gegenstände des hauswirtschaftlichen Gebrauchs neben den bloßen Verbrauchsgegenständen des § 370 Abs. 5.

Außerdem ergibt sich eine Ausdehnung des § 248 a auf solche Objekte, die an sich für die Privilegierung nach § 370 Abs. 5 zwar geeignet erscheinen, aber aus irgendeinem Grunde, z. B. da die Menge um ein kleines überschritten ist, das Verbrauchen nicht „alsbald" stattfinden konnte, usw. Voraussetzung muß natürlich für diese Fälle bleiben, daß der Wert der Sachen gering ist und die Entwendung im übrigen „aus Not" erfolgte. Was aber anderseits beide Delikte ganz erheblich trennt, ist die verschiedene Beachtung des Einflusses der Motive. § 370 Abs. 5 deutet man in dieser Hinsicht in der Literatur fast ausnahmslos als privilegiert um der Not oder des Gelüstes des Täters willen. Darum ist es nicht gerechtfertigt, die Aneignung von

---

[28]) Denzel, Diss. S. 9.

[29]) S. oben S. 25.

hauswirtschaftlichen Verbrauchsmitteln schlechthin als eine Notentwendung zu bezeichnen, das stimmt höchstens für einen Teil, aber nicht für § 370 Abs. 5 schlechthin. Die echte Notentwendung ist in ihrer Tendenz enger, wohl tadelnswert einseitig, aber nicht so unglücklich gefaßt wie § 370 Abs. 5 mit seiner Gleichstellung so extrem verschiedener Impulse des Täters.

Von diesem Standpunkte aus gesehen, kann aber die gesetzliche Regelung der Bestrafung de lege lata nicht befriedigen. Wie kann man dem Bedrängten, der aus Not geringwertige Gegenstände entwendet, Strafe bis zu dreihundert Mark oder bis zu drei Monaten Gefängnis androhen, dem Täter aber, der geringwertige Gegenstände alsbaldigen hauswirtschaftlichen Verbrauchs etwa aus Gelüste sich zueignet, nur einhundertfünfzig Mark oder Haft? Was begründet wohl die grundsätzlich größere Strafwürdigkeit in § 248 a? Die Notlage des Täters kann es nicht sein; soll es etwa daran liegen, daß der eine Entwender Gebrauchs-, der andere Verbrauchsgegenstände nimmt? Das Gesetz und die Begründung legen angenscheinlich Wert auf solche Unterscheidung. In doppelter Hinsicht gehen sie damit fehl; denn einmal umfaßt § 248 a auch Verbrauchsgegenstände, insoweit sie eben nicht rein hauswirtschaftlich sind, und damit fiele die Berechtigung differenzierter Bestrafung, zum anderen macht es tatsächlich an sich schon keinen Unterschied, daß mit Gebrauchsgegenständen „der Täter regelmäßig einem längere Zeit fortdauernden Bedürfnisse Rechnung tragen wolle“. Man kann nämlich Gebrauchsgegenstände sehr wohl für kürzere Zeit nötig haben, als man von Verbrauchsgegenständen zehrt. Der mittellose Täter entwendet ein kleines Leinentuch, um eine unbedeutende, schwach blutende Wunde (ohne Gefahr für Leib oder Leben) zu stillen; für eine längere Zeit beugt aber ein Entwender von Kohlen (also Verbrauchsgegenständen) vor, der sich auf vierundzwanzig Stunden ein warmes Zimmer verschafft. Das Gesetz schützt in § 370 Abs. 5 nur alsbaldigen Verbrauch, hierunter versteht man meist eine möglichst restlose Verwertung des Gegenstandes, diese muß ebenso sehr beabsichtigt wie objektiv möglich sein, d. h. für den Mundraub (§ 370 Abs. 5 alter Fassung) wie für die Verbrauchsmittelentwendung (§ 370 Abs. 5 nach der Novelle)

soll der Täter Verbrauchsmittel, einschließlich der Nahrungs- und Genußmittel, nur zum alsbaldigen Verbrauch wegnehmen, dabei müssen diese Gegenstände geeignet sein, auch alsbald von ihm konsumiert werden zu können. Wer also $^1/_4$ Pfd. Salz im Werte von etwa drei Pfennig entwendet, kann den Verbrauch nicht alsbald durchführen und doch soll für ihn die erste Dosis vielleicht alsbaldigem Verbrauche dienen. Ein genaueres Eingehen auf diese Frage ist seltsamerweise in der doch so umfänglichen Sonderliteratur durchaus zu vermissen. Befriedigen kann aber nur die Lösung der Frage in dem Sinne, daß es genügen soll, wenn der Verbrauch wenigstens alsbald eingesetzt hat, sich aber aus praktischen Gründen erst allmählich durchführen läßt. In der alten Fassung des § 370 Abs. 5 hatte für die Nahrungs- und Genußmittel das Gesetz noch keine so auffällige Härte wie jetzt für die Verbrauchsgegenstände schlechthin. Man braucht nicht zu befürchten, daß mit der hier vertretenen Ansicht das Aufspeichern und Ansammeln privilegiert würde, das soll nicht nötig sein; es bleibt nur hiervon zu scheiden der Fall länger dauernden Verbrauchs. Wenn also der Täter ein Stück Seife entwendet und will es zum Händewaschen benützen, so hält dasselbe längere Zeit vor. Wer nun unter Verbrauch versteht ein alsbaldiges, möglichst restloses Aufbrauchen des Seifenstücks, würde nur aus § 370 Abs. 5 strafen können, wenn der Entwender sich so lange die Hände wäscht und waschen mußte, bis die Seife nahezu aufgelöst ist. Dahin würde auch der Fall gehören, daß der Täter mit dem entwendeten Stücke einen Rock auswaschen will. Nach der herrschenden Ansicht vom Verbrauche kann also leider der Entwender, der die Toilettenseife zu ihrem ordnungsmäßigen Gebrauche für sich selbst verwenden will, nicht nach § 370 Abs. 5 bestraft werden; nach § 248a nur für den Fall der Not, und sonst ist er der Strafe des gemeinen Diebstahls oder der gemeinen Unterschlagung preisgegeben. Es wird dem Unbefangenen nicht recht einleuchten wollen, daß der Täter nach § 370 Abs. 5 zwar Petroleum zum Auffüllen seiner Lampe entwenden darf, aber kein Öl für eine Nachtlampe mit schwimmendem Dochte, weil dieses nicht alsbald (zufolge seiner Sparsamkeit) verwendet werden kann, daß ferner

ein Entwender, der beabsichtigt, sich ein paar Kerzen widerrechtlich anzueignen und zur Illumination in Papierlaternen alsbald abzubrennen, aus § 370 Abs. 5 belangt wird, während ihn Strafe aus §§ 242, 246 trifft, wenn er nur eine Kerze zum Verbrauche als Nachtlicht an sich nimmt. Leider läßt die Enge des § 248a nicht zu, solchem Widersinne genügend zu steuern. Wenn also ein überzeugender Grund, Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände in der Weise, wie das Gesetz es tut und besonders die Motive ihm unterstellen, nicht anerkannt werden kann, bleibt nur noch eine Stelle der Motive zu untersuchen. Danach soll eine größere Strafwürdigkeit des § 248a gegenüber § 370 Abs. 5 überhaupt nicht der Grund sein, sondern das Strafmaximum in § 248a sollte nur deshalb höher gelegt werden, „um auch die Fälle häufiger Wiederholung oder erschwerender Umstände" besser berücksichtigen zu können. Warum unterbleibt Gleiches für den § 370 Abs. 5? Mehrmals einem Gelüste zu unterliegen, mehrmals Nahrungs- und Genußmittel und andere Verbrauchsgegenstände zu entwenden, kostet den Täter bis zu hundertfünfzig Mark Geldstrafe oder Haft; wer aber in so unglücklicher Lage ist — das Gesetz meint anders, wer so niederträchtig ist und darum strafwürdiger —, aus Not handeln zu müssen, dem kann nur härtere Strafe gedroht werden? Man scheute sich eben — und mit Recht —, die Verbrauchsmittelentwendung aus den Übertretungen zu entfernen und ließ die Schärfung der Strafe darum dort fallen, für § 248a glaubte man aber noch freie Hand zu haben und maßregelte den an sich guten Gedanken, indem man ihn dem Systeme der Dreiteilung der strafbaren Handlungen zum Opfer brachte und die Notentwendung damit von § 370 Abs. 5, vom Boden also, auf dem sie gewachsen war, losriß.

Wenn bisweilen versucht wird, über den Inhalt hinaus zwischen § 248a und § 370 Abs. 5 eine Trennungslinie zu ziehen in der systematischen Bewertung ihrer Stellung — außer dieser nämlich, daß ganz generell an die Zugehörigkeit zur Gruppe der Übertretungen, Vergehen und Verbrechen sich besondere Folgen knüpfen — darum, daß § 370 Abs. 5 eine Übertretung darstelle [29]) und deshalb gegenüber § 242 eine Sonderstraftat sei,

[29]) Denzel, Diss. S. 12.

§ 248 a aber unmittelbar unter den Diebstahl falle, weil er im 19. Abschnitte steht, so muß diese Meinung entschieden zurückgewiesen werden.[30]) Hier liegt eine Verwechslung vor von Ursache und Folge. Wohl ist es eine Folge, daß §§ 248 a und 370 Abs. 5 nicht alle Schicksale des systematischen Ineinandergreifens der einzelnen Gesetzesbestimmungen in gleichem Maße teilen, aber nach einer zwingenden Ursache dazu wird man vergeblich suchen. Die abweichende Wirkung einzelner Paragraphen auf §§ 248 a und 370 Abs. 5 läßt eben nur den Schematismus sich widerspiegeln, der in der Dreiteilung des Gesetzes in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen obwaltet; auch sie hat keine zwingende Ursache, nur Folgen sollen an sie geknüpft werden, einen anderen Einfluß auf das System, insbesondere die Sonderdeliktsnatur oder Selbständigkeit einer einzelnen Bestimmung übt sie nicht aus.

Wie die Aneignung von hauswirtschaftlichen Verbrauchsmitteln für die Notentwendung eine Einschränkung bedeutet, so gilt Gleiches auch für die Feld- und Forstdiebstähle.

Schwierigkeiten ergeben sich für die Lösung der Frage, ob auch gegen den räuberischen Diebstahl (§ 252) der § 248 a sich durchzusetzen vermag. Wieder liegt es an dem bedauerlichen, verwirrenden Einflusse der nicht konsequenten Systematik. Gehört der räuberische Diebstahl zum 19. Abschnitte, also unter den Diebstahl, oder in den 20. unter den Raub. Die Stellung im Gesetzbuche allein kann eine befriedigende Lösung nicht geben. Die ganze Einteilung ist eine äußerlich mehr oder minder praktische Einrichtung, für den Geist des Gesetzes und sein Verständnis trägt sie nichts Wesentliches bei.[31]) Wie unberechtigt die Trechotomie an sich ist, hat die Literatur genügend klargestellt.[32])

Der § 252 will nun offenbar sagen, daß ein Dieb, der zur Sicherung seines Besitzes am Diebesgut nachträglich wie ein Räuber handelt, „gleich einem Räuber“ gestraft werden soll.

---

[30]) So auch Schlosky a. a. O. S. 10.

[31]) Wach in Aschrott-v. Liszt, Reform Bd. 2 S. 6.

[32]) Binding, Handb. S. 511; Wach wie Anm. 32, außerdem in Vergl. Darst., Legislative Technik S. 4; Binding im GerS. Bd. 77 S. 10—13.

Der Paragraph enthält an sich schon eine auffällige Inkongruenz, die ganze Zusammensetzung ist mehr willkürlich als folgerichtig durchgeführt. Ein Räuber soll er ja auch nicht sein, nur gleiche Strafe soll ihn mit diesem treffen. So bleibt er ein äußerst qualifizierter Dieb. Aber damit ist noch ungelöst, ob der Täter gemeiner Dieb oder auch ein anderer minder gefährlicher sein kann, z. B. ein Entwender nach § 248 a. In Konsequenz der Ablehnung der Anwendbarkeit der Diebstahlsqualifikationen auf § 248 a muß nach dem Gesagten Gleiches auch für § 252 angenommen werden.[34]) Also bleibt Notentwendung auch dann bestehen, wenn bei ihr „gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" angewendet werden. Praktisch ergibt sich kein unüberbrückbarer Gegensatz. Bei den zusammengesetzten Delikten hat der Gesetzgeber es für dringend nötig befunden, einzelne Konkurrenzfälle, die das tägliche Leben in besonderer Augenfälligkeit als beachtlich kennzeichnete, zu einem Delikte zusammenzuziehen. Nach festen Grundsätzen geschah dies nicht, bei einzelnen Delikten erfolgte solche Zusammenfassung reichlich, bei anderen gar nicht. So bleibt für die gewaltsame Notentwendung nur die Deliktskonkurrenz (§ 248 a mit § 240 Nötigung) übrig.[35]) Das spricht aber mehr gegen eine weitergehende Aufstellung zusammengesetzter Delikte, als es das Fehlen eines solchen bedauerlich erscheinen läßt.

Bilden geringwertige Gegenstände, auch wenn sie aus Not entwendet werden, ein Tatbestandsmerkmal des Raubs, dann ist schlechterdings § 248 a nicht mehr anwendbar. Beim Raub handelt es sich um ein selbständiges Delikt, keinen qualifizierten Diebstahl. Wenn also jemand mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache (und sei es auch nur eine geringwertige und solche „aus Not") in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, erfüllt er den § 249 und nur ihn;[36]) der § 248 a kann ihn nicht richten, weil

[34]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 28 a I, 3.

[35]) Schlosky a. a. O. S. 42; Möckel, Diss. S. 27.

[36]) Für § 370, 5 allgemein anerkannt.

er nicht alles in seinem Tatbestande umfaßt, was der Täter tatsächlich ausführte.

Gleichermaßen muß § 248 a im Falle einer Erpressung hinter § 253 zurücktreten.

Hat der Notentwender eine Notunterschlagung begangen und leugnet er den Besitz der Sache ab, so begeht er damit nicht noch einen Betrug. Mag er immerhin damit einen Irrtum erregen oder unterhalten, so fehlt ihm doch „die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen"; er will solchen höchstens weiterbehalten, da er ihn nun einmal bereits innehat.[37])

Die Hehlerei im engeren Sinne, sogen. Personenhehlerei, gilt nach positiver Vorschrift in § 258 Ziff. 1 nur beim einfachen Diebstahle und in Ziff. 2 beim schweren Diebstahle, läßt also den Hehler eines Entwenders ungestraft.[38])

Anders trifft § 259 (sogen. Partiererei) für die Notentwendung zu, da es genügen soll, daß der Täter sich dessen bewußt oder an sich offensichtlich ist, daß die Objekte mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind. Damit ist auch die Anwendbarkeit des § 260 gegeben.[38])

Ebenso läßt die allgemeine Fassung auch den § 257 für die Begünstigung eines Täters nach § 248 a zu.[38])

Von der Partiererei des § 259 teilt sich ein besonderer Fall ab, wenn der Begriff des „Ansichbringens" in engerer Bedeutung gefaßt wird. Das Gesetz kann nämlich hierunter nur verstehen wollen, daß der Hehler mit dem Ansichbringen eine tatsächliche Macht über das erlangte Objekt unbestimmt lange Zeit ausüben will. Wenn aber einem Dritten der Vorteil des Besitzes nur vorübergehend eingeräumt wird, ohne daß für die Dauer seiner Inhabung er die Sache an sich bringen will, so bleibt für ihn nichts übrig als die Tatsache einer bloßen Mitbenutzung, entsprechend dem sogen. „bloßen Mitgenuß" beim Mundraub.[39])

---

[37]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 263 XI, 3.
[38]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 248 a I, 7.
[39]) Schlosky a. a. O. S. 30.

Wenn aber Schlosky für diesen Fall — soweit der Mitgenießende sich überhaupt über die Herkunft der Objekte im klaren ist — entscheidet[40]): „wenn auch (ein bloß Mittrinkender) keiner Hehlerei sich schuldig gemacht hat, so hat er doch immerhin nach den entwickelten Grundsätzen eine geringe Quantität Wein an sich gebracht und hat sie dadurch dem wahren Eigentümer entwendet", so wird man ihm nicht zustimmen können.

Strafrechtlich stellt sich die Entwendung dar als ein einheitlicher Akt. Eignet sich der Täter „aus Not" eine Flasche Medizin an, von der er zeitweilig trinkt, nachmals aber auch einen Dritten davon trinken läßt, wird man nicht behaupten dürfen, daß sich mit jeder einzelnen Dosis des Entwenders und mit der nachfolgenden des Mitgenießenden stückweise die Entwendung vollzöge, wennschon es richtig ist, daß, vom tatsächlichen Standpunkte aus gesehen, mit jedem Schluck der beiden Trinkenden das Eigentum der Bestohlenen allmählich untergeht. Der zweite, bloß Mitgenießende kann eine Entwendung gar nicht mehr begehen;[41]) diese ist mit der Tat des Entwenders ein für allemal abgeschlossen gewesen, und zwar in toto, nicht bloß zu dem von ihm selbst zu benützenden Teile.[42]) Mit dem Diebstahl oder der Unterschlagung vollendet sich naturnotwendig die gleichartige Entwendung, was dann geschieht mit den erlangten Objekten, ist vorbehaltlich des § 559 unbeachtlich. Ob der Täter seine Beute nachträglich verkaufen kann oder mit einem Dritten zum bloßen Mitbenutzen teilen darf, darüber verbietet § 248 a nichts.

Begehen mehrere gemeinsam eine Notentwendung, so ist zu unterscheiden, ob sie die Tat als eine einheitliche unternehmen (echte Mittäterschaft) oder als mehrere selbständige jeder auf sein eigenes Risiko hin (unechte Mittäterschaft im weiteren Sinne).[43]) Für den ersteren Fall haftet jeder Teilnehmer für den

---

[40]) Schlosky a. a. O. S. 32.

[41]) D. h. innerhalb dieser vollendeten Entwendung, von Grund aus kann er allerdings seinerseits das Objekt für sich entwenden.

[42]) And. M. Schlosky a. a. O. S. 32.

[43]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 47 I, § 370, 5 V 1 b; Schlosky a. a. O. S. 23 a. E.

ganzen Schaden, auch wenn sein Teil der Beute nur einen geringwertigen Gegenstand darstellt, im letzteren jeder nur für seine Begehung.[43]) Für den Teilnehmer an einer Notentwendung ist jedoch nicht erforderlich, daß auch er aus Not handelt, ihn deckt vielmehr die akzessorische Natur der Teilnahme an sich und sichert auch ihm gegebenenfalls die Milderung des § 248 a.[44])

Wie für den Mundraub, so wird auch für die Notentwendung eine Ausdehnung der Privilegierung auf die Unterschlagung im Amte (§ 350) abzulehnen sein.[45])

Die Anstiftung und die Beihilfe werden aus § 48 bezw. § 49 geahndet, dagegen ist der bloße Versuch der Notentwendung nicht unter Strafe gestellt.[46]) Neben der erkannten Gefängnisstrafe findet eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte für die Notentwendung nicht statt.[46])

Würde § 248 einerseits durch § 32 für sie erheblich eingeschränkt, so ist anderseits ausschlaggebend, daß § 248 sich überhaupt nur auf Diebstahl und Unterschlagung bezieht und nicht auf die Entwendung.

§ 4.

Mängel des geltenden Rechts.

Um nicht ein Tadeln um jeden Preis einsetzen zu lassen, sei dankbar zunächst der Gewinn verbucht, der mit dem Wiedereinsetzen der Beachtung der kleinen Kriminalität erzielt worden ist. Es bildet die Novelle v. 19. 6. 1912 immerhin einen Schritt vorwärts auf der Bahn der Gesundung unserer Gesetzesschaffung. Ist auch nicht eben Originelles geleistet worden, so hat man doch geschichtlich Begründetes wieder in seine angestammten Rechte eingesetzt. Was aber zu fordern bleibt, das ist die notwendige Erkenntnis, aus den gemachten Fällen Besserung zu lernen und zeitgemäße Gesetzesbestimmungen der einsichtigen Erkenntnis nachzubilden. Daß wir bis zu einem gewissen Grade halbstarre Grenzen, wie der Geringwertigkeit oder der Not gelten

---

[44]) Frank, Komm. 8./10. Aufl. zu § 248 a I, 6.

[45]) RGE. Bd. 46 S. 377.

[46]) Wach, Vorlesung-Druckbogen § 90 II b.

lassen können, mag anerkannt bleiben. Aber daß andererseits nur das Motiv der Not in § 248 a Berücksichtigung erfährt, erinnert an die Unbeholfenheit der Kasuistik, von der wir offensichtlich wegstreben müssen.[1]) Als wenig gut erkennt man auch die Ungereimtheit der Ausdrucksweise in § 348 a, wenn einerseits der kleine Notdiebstahl mit „entwenden" bezeichnet wird und für Unterschlagung damit das gleiche Wort verschlossen bleiben muß. Als schwerwiegender erweist sich aber, daß man für die Notentwendung gewissermaßen aus dem luftleeren Raume die Begründung holen muß, wie sie sich dem ganzen Gebäude des Strafrechts einfügen soll. Dazu hätte es besonders einer Abgrenzung gegen den Einfluß des Diebstahls und seiner Qualifikationen bedurft, denn was die Motive dazu angeben, bleibt gewiß instruktiv für die Betrachtung, aber positive Mängel werden von ihnen nicht beseitigt, weil ihnen die autoritative Macht des Gesetzes durchaus fehlt. Der gute Wille war an sich stark genug, trotz der ungewöhnlichen Schwierigkeiten doch die Novelle zum Gesetz zu erheben; weitere Untersuchungen in der Unterkommission der 30. Kommission des Reichstags (1909) brachten doch wenigstens noch den Notbetrug, aber die kleine Kriminalität muß weit mehr Beachtung fordern. Ist es denn recht, daß der Diener, der seinem Herrn eine Flasche Wein austrinkt, wegen Mundraubs gelinde bestraft werden soll, die Wegnahme der leeren Flasche aber, die er zur Füllung mit einer Flüssigkeit behalten und für sich gebrauchen will, Diebstahl ist?

Also ein weit allgemeinerer Minderdiebstahlsbegriff ist wünschenswert[2]) als der der Notentwendung. Und dabei ist hierfür schon viel gewonnen, wenn man bedenkt, wie ungemein hart der Raub und die Erpressung davon betroffen werden, daß für sie die kleine Kriminalität keinen Eingang fand. Wenn der

---

[1]) Wach, Legislative Technik, in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 38.

[2]) Werden doch nach einer Tabelle „Zusammenstellung betr. die Anwendung der niederen Strafstufen bei den nur mit Gefängnis bedrohten Vergehen des Reichsstrafgesetzbuchs" jährlich gegen 54000 Erwachsene wegen kleiner Diebereien bestraft, während die Gesamtzahl der Fälle kleiner Kriminalität der übrigen hier möglichen Delikte nur 24000 zur Strecke bringt (aus RTV. Bd. 275 S. 2104).

hungrige Handwerksbursche einem Kinde, das, längst satt, müßig an seinem Vesperbrote kaut, dieses wegnimmt, so trifft ihn trotz mildernder Umstände eine Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten. Die Forderung nach tiefliegenden Strafrahmen allein vermag hier nicht zu helfen. Wünschenswert ist, wo es angeht, im Sinne der „Entwendung" auch für Raub und Erpressung kleine Vorstufen zu bilden. Der Räuber um ein Butterbrot bleibt eine juristische Eigentümlichkeit. Mag auch das Gesetz seine Begriffe in eigener Sprache benennen und nicht in Abhängigkeit von der gewiß oft ungenauen Umgangssprache,[3]) so tut es doch besser, aus manchem Beispiele die Lehre zu ziehen, daß es sich nicht ungestraft in Widerspruch zu jener setzt. Es wird nämlich klar, daß es nicht richtig ist, diesen Handwerksburschen unter die Räuber zu zählen. Wenn das Gesetz in § 249 mit Zuchthaus und bei mildernden Umständen noch mit mindestens sechs Monaten Gefängnis bestraft, dann schafft es eben in Deckung mit der natürlichen Auffassung in der ihm eigenen formalistischen Aufstellung des Deliktsbegriffs einen echten Raub, denn er ist solcher Strafe würdig. Es bildet aber doch gradezu eine Unmöglichkeit, einen Menschen, der eine Aneignung geringwertigster Gegenstände mittels eines Minimums von Gewalt begeht, als Räuber strafen zu wollen. Eigentlich hat das Gesetz die kleine Kriminalität hier gänzlich unbeachtet gelassen, wenn sich nicht aus der allgemeinen Fassung des § 249 ergäbe, daß es auch für Bagatellsachen gleiche Strafe androhe. Zur Prämisse des Tatbestandes, der auf die Gesamtheit der heterogensten Fälle abstellt und deutlich erkennbar den Raub wie die Gewaltentwendung, so unbedeutend sie sei, normiert, steht in scharfem Widerspruche die vollkommen einseitige Strafdrohung für nur schwere und schwerste Fälle. Darin liegt der Fehler des Gesetzes. Für den Diebstahl ist ja mit § 248 a und § 370 Abs. 5 der schroffste Gegensatz einigermaßen gemildert worden, für den Betrug durch die Einführung des § 264 a, aber Raub und Erpressung bedürfen für die Bagatellsachen durchaus der Abänderung.

[3]) Binding, Handb. Bd. 1 S. 463.

Vierter Teil.

Die Entwendung nach der Strafrechtsreform im „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche“ § 272.

§ 1.

Inhalt.

Der Gesamtreform ist der große Wurf gelungen, mit der Aufstellung der „besonders leichten Fälle“ alle Bagatellsachen in genereller Bestimmung umfassen zu können.

(§ 83 des Vorentwurfs (VE.) bestimmt:

„In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.

Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde“.)

Überzeugend führt die Begründung dazu aus (S. 321): „Trotz aller Sorgfalt bei der Formulierung der Tatbestände der einzelnen Delikte läßt es sich nämlich nicht ausschließen, daß in außergewöhnlich gearteten Fällen zwar die Begriffsbestimmung, nicht aber der Gedanke und Zweck des Gesetzes zutrifft, so daß die im Gesetz vorgesehene Strafandrohung an sich oder nach Art und Maß als eine Härte empfunden wird“.

Der § 83 VE. ist demnach fähig, in seinem weiten Geltungsbereiche eine angebrachte Wohltat zur Geltung zu bringen. Was freilich unerreicht bleibt, das ist die weiter anhaltende Bestrafung des Gewaltentwenders als Räuber, ebenso

für die Erpressung, wenn auch in stark gemilderter Form. Dem allüberwuchernden Formalismus ist damit die Spitze abgebrochen worden, das gibt auch resigniert die Begründung zu. Daß weiterhin die rechtswidrigen Folgen stets unbedeutend sein müssen, ist eine bedauerliche Beschränkung, und für die Aneignungsverbrechen und -vergehen überträgt sie den klassenpolitischen Zug ungerechtfertigten Schutzes des Kapitalismus gegenüber ethischen Gegenwerten bedauerlicherweise auch ins neue Recht; immer noch stehen die Beweggründe an zweiter Stelle. Kann damit volle Befriedigung nicht ausgelöst werden, bleibt immerhin die Schwierigkeit besserer anderweiter Regelung hemmend für größere Freiheit. Erfreulich ist die Beachtlichkeit des geringen verbrecherischen Willens, wie er den Umständen nach entschuldbar erscheint. Dieses Moment ist versöhnlich im Streite der Schulen der modernen und klassischen Richtung, wenngleich es für die Neuerer nur einen wesentlich beschränkten Erfolg bedeutet, denn mit dem Beibehalten des Erfordernisses geringwertiger rechtswidriger Folgen ist die reine Charakterstrafe im Geiste v. Liszts nicht durchgedrungen und nur der Schuldstrafe der klassischen Richtung, wie sie schon immer hätte angewendet werden sollen „auf das, was getan und gewollt ist", die Festlegung gegeben worden.[1])

Wie sich im allgemeinen die Literatur zur Frage der besonders leichten Fälle stellt, erhellt aus der „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuche".[2]) Danach sind die Meinungen über den Wert der Bestimmung geteilt. Im Prinzip erklärt sich wohl die Mehrheit für ihre Brauchbarkeit, aber betreffs der Art der Durchführung, insbesondere der Begrenzung durch gesetzliche Schranken, gehen die Meinungen völlig auseinander. An dieser Stelle ist auch der vorgeschlagenen Rückfalls-

---

[1]) So der Grundgedanke in v. Birkmeyers Schrift „Studien zu dem Hauptgrundsatze der modernen Richtung im Strafrecht: Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen", in „Kritische Bemerkungen" Heft 7; ebenso Meyer-Allfeld in Heft 9: „Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung".

[2]) S. 212.

normierung zu gedenken. Daß sie nach der lex lata in unkluger Beschränkung nur einen Teil der Aneignungsdelikte umfaßte und insbesondere für §§ 248 a u. 370 Abs. 5 (StGB.) nicht allenthalben überzeugend deren Exemtion begründete, ist als unzureichend hinlänglich gekennzeichnet worden. Eine generelle Erweiterung mußte darum erfolgen. Aber auch hier ist die Fassung des Gedankens nicht geglückt. Treffend tadelt Wach „die durch ihren mechanischen Zug unvorteilhaft von den sonstigen Strafbemessungsgrundsätzen kontrastierenden gesetzlichen Strafschärfungen des Rückfalls". Darum ist auch zumeist eine Ablehnung der Fassung der §§ 87, 88 VE. erfolgt.[3] [4])

Der Gegenentwurf (GE.) bemüht sich in § 95, die größte Härte der uferlosen Rückfallsbestimmungen zu beseitigen (wie der ÖVE. § 64), wenn er sie beschränkt auf ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen, „das auf derselben Neigung beruht".

Neben diesem Hinweise auf einschneidende Bestimmungen allgemeiner Natur sei zunächst der Hauptaufgabe — der Entwicklung der künftigen Regelung des Mindernotdiebstahls und der Mindernotunterschlagung — Beachtung geschenkt, um dann die Tragweite der „besonders leichten Fälle" und der neuen Rückfallsnormierung auf diese kleine Kriminalität zu untersuchen.

Für das künftige Strafgesetzbuch soll der § 272 VE. etwa die Delikte umfassen, die de lege lata §§ 248 a u. 370 Abs. 5 StGB. normieren. Der Vorschlag lautet:

> § 272. Ist der Diebstahl oder die Unterschlagung an Nahrungs- oder Genußmitteln oder an Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs begangen,

---

[3]) Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs Bd. 1 (v. Liszt) S. 388 ff.; v. Lilienthal in ZStW. Bd. 30 S. 231; Mittermaier in DJZ. Bd. 15 S. 171; Köhler in HirthsAnn. Bd. 43 S. 187. Im übrigen „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den VE. usw." S. 224 bis 226. Zustimmend äußerten sich: Reichardt in Bl. f. Gefängniskunde Bd. 44 S. 35; ebendort v. Michaelis S. 732; Meyer in HirthsAnn. Bd. 43 S. 341. Und schon vor dem Festlegen in der Gesamtreform wünschte solche Regelung des Rückfalls Kahl (als Berichterstatter auf dem 26. DJT. 1902, Verhandl. S. 233).

[4]) DJZ. Bd. 15 S. 115.

und hat der Täter aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes gehandelt, so ist er, wenn die Sachen nur von geringem Werte waren, wegen Entwendung mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu sechs Monaten zu bestrafen; in besonders leichten Fällen (§ 83) kann von Strafe abgesehen werden. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag kann zurückgenommen werden.

An der Zusammenziehung der mehreren Tatbestandsmerkmale des heutigen Rechts ist für den Vorschlag eine an sich überflüssige Breite zu tadeln. Wozu werden denn Nahrungs- und Genußmittel hier noch besonders angeführt, wenn man sie in den wirtschaftlichen Verbrauchsgegenständen generell wiederholt? Die Hervorhebung ist überflüssig,[5]) wenn man nicht verschieden bestrafen will.

Was überhaupt befremdet, ist die noch beinahe kasuistische Aufzählung von vier einzelnen Wirtschaftsgütergruppen. Es dürfte gar nicht darauf ankommen, daß der Gegenstand der Entwendung einer von jenen unbedingt angehören muß. Zunächst fehlt noch ein voller Überblick über die Grenzen der Aufstellung dieser Objekte, und wir laufen Gefahr, manche auszuschließen, die damit einer nicht zu rechtfertigenden Härte der Bestrafung unterworfen würden.

Man wird der Begründung (S. 748) kaum zustimmen können, wenn sie behauptet, durch das anzunehmende Erfordernis des gegenwärtigen Bedürfnisses scheine die Beschränkung der Objekte gerechtfertigt, denn auf andere Sachen (als die in § 272 VE. angeführten) „treffen die vom Entwender geforderten Beweggründe der Not und des Gelüstes kaum jemals zu".

Wäre das richtig, dann würde sich ja die Begründung mit ihren eigenen Worten schlagen, denn sie könnte die einzelne Aufzählung fallen lassen und nur von fremden beweglichen Sachen handeln.

Wenn z. B. einmal die filia hospitalis dem Zimmerherrn Studio die in Spiritus bewahrte Reliquie eines „Mensurlappens"

---

[5]) Wach, Legislative Technik, in Vergl. Darst. Bd. 6 S. 40.

infolge eines Reizes (Gelüstes) nach dessen Besitz z. B. als Andenken entwendet, dann müßte sie wegen Diebstahls bestraft werden, wenn auch sicher nur ein „besonders leichter Fall“ vorliegt.

Das Unbefriedigende der Beengung hat auch der Gegenentwurf nicht zu umgehen vermocht, wenn er in § 301 bestimmt:

> Wer aus Not oder um eines Gelüstes willen fremde bewegliche Sachen zum alsbaldigen Gebrauch oder Verbrauch sich zueignet, wird mit Gefängnis (von einer Woche § 42) bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe (von drei Mark § 61) bis eintausend Mark bestraft.
>
> Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
>
> In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.

Was die „fremden beweglichen Sachen“ als Erweiterung vorspiegeln, das nimmt die Zweckbestimmung alsbaldigen Gebrauchs oder Verbrauchs wieder fort. Auch hier bleibt der Sinn: Entwendung ist nur die Aneignung geringwertiger Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstände aus Not oder Gelüste.

Das in beiden Vorschlägen privilegierte Motiv des Gelüstes soll nun de lege ferenda dem Tadel die Berechtigung entziehen, daß man zurzeit in § 248 a einseitig die Not hervorhebt, d. h. nur vom retrospektiven Standpunkte aus läßt sich das behaupten, denn der Vorentwurf hatte seinen § 272 eher geschaffen, als § 248 a zu greifbarer Form sich gestaltete. Jetzt aber wissen wir, daß Not allein nicht ausreicht, daß auch andere Motive zu privilegieren sind. Einmal ist „Gelüste“ mit am lebhaftesten in die Debatte geworfen worden, zum anderen hat es schon früher, besonders in den Partikulargesetzen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts und noch jetzt innerhalb des § 370 Abs. 5 StGB. weite Anerkennung gehabt.[6]) Für die Anwendbarkeit dieses Begriffs fehlt aber so ziemlich jede Grenze.[7]) Läßt man

---

[6]) Ebenso schon im ALR. § 1123 II, 20; vgl. dazu im einzelnen Brandt, Diss. S. 9.

[7]) Mittermaier bei Aschrott; v. Liszt, Reform Bd. 2 S. 360;

allenfalls noch die gelten, daß die „Befriedigung eines Gelüstes“ beschränkt ist auf das Habenwollen einer Sache und damit ausgeschlossen werden z. B. solche Fälle, in denen der Täter dem Verletzten einen bösen Streich spielen wollte, weil's ihn danach gelüstet, so bleibt doch noch immer übrig, daß jedesmal der echte Aneignungswille an sich ein Gelüste nach dem Objekte enthält, sei es beim Anblicke desselben, sei es bei dem bloßen Gedanken an den Vorteil seines Besitzes. Wenn das Gesetz diesen allgemeinen Begriff des Gelüstes nicht gelten lassen will — nennt es doch scheinbar gleichwertig die Entwendung aus Not, die doch eigentlich auch einem achtenswerten Gelüste nach dem Objekte entspringt —, dann läßt uns jeder rettende Gedanke im Stiche, was wohl das Gesetz mit diesem Ausdruck alles umfassen und nicht umfassen will. Treffen möchte man — und das ist gewiß — alle nicht an sich verächtlichen Motive. Und gerade das niederträchtigste, das der Bereicherungsabsicht, das läßt auch diesmal der Gesetzgeber wieder unbeachtet. Es geht im allgemeinen Diebstahl mit auf, den es richtiger allein ausfüllen sollte. Hätte es nicht neben der Not auch eines aus Leichtsinn[8]) oder Unbedacht begangenen Diebstahls oder einer gleich unbedeutenden Unterschlagung für solche Milderung bedurft? Und all die Vielzahl erdenklicher Motive könnte man nicht zusammenfassen? Freilich unter „achtungswürdigen Beweggründen“ würde für die Lüsternheit kein Raum sein.[9]) Man kann sogar so weit gehen, zu behaupten, daß sie überall dort eintrete, wo ein achtungswertes Moment nicht gefunden werden kann. Naschhaftigkeit und Warenhausdiebstähle mit ihr ganz allgemein zu privilegieren, schießt sicher über das Ziel hinaus, während man leichter verzeihlichen Beweggründen, wie eben gerade der Unbedachtsamkeit, diese Milde in § 272 VE. ver-

---

Unger im Recht Bd. 14 S. 303. Scharf trennte das Gelüste von der Not das Hofrecht des Bischofs Burchard von Worms (1020), s. oben S. 13.

[8]) So ÖVE. § 347; ohne mit dieser kleinen Erweiterung eine Überlegenheit gegenüber dem deutschen Vorentwurfe anerkennen zu wollen.

[9]) Einen beachtenswerten Vorschlag enthält die Dissertation von Brandt (S. 34): die Privilegierung des Gelüstes nur auf Nahrungs- und Genußmittel zu beschränken.

schließen will. Man braucht jene darum nicht grundsätzlich einer milderen Beurteilung für unfähig zu erklären, auch sie können achtungswürdige Beweggründe, wie Leichtsinn und mangelnde Überlegung, haben; nur darf man sie nicht schon der Lüsternheit wegen privilegieren wollen. Die Begründung gibt (S. 747) selbst zu, daß „manche Motive auf den Menschen wirken mit der Kraft eines starken unmittelbaren Anreizes, so daß die Gegenmotive nur unvollkommen zur Geltung kommen“ können. Wenn sie aber aus dieser richtigen Erkenntnis neben der Not nur „das im Täter aufsteigende Gelüste“ gesetzgeberisch verwendet wissen will, so sind mit den beiden Motiven eben von diesen „manchen“ recht wenig getroffen worden. Der Begriff der Notentwendung ist uns ja seit der Einführung des § 248 a wieder geläufig geworden. Daß die Not des Täters von den achtungswürdigen Beweggründen bei weitem den achtungswürdigsten bildet, wird von niemandem angezweifelt werden.

Für die Begriffsbestimmung der Not verweist die Begründung (S. 749) auf die Notlage beim Wucher. Daß sie damit dem Verständnisse rechter Würdigung der Notlage für den § 272 VE. die Wege geebnet hätte, wird man nicht gerade behaupten können. Der Zustand wirtschaftlicher oder geschäftlicher Schwäche mag für den Bewucherten zutreffen sollen, für den Entwender liegt aber vielmehr eine natürliche (körperliche) Notlage vor, oftmals Elend. Die Ausführungen der Begründung sind auch so absolut auf den Wucher zugeschnitten, daß diese Stelle für die Notentwendung nahezu belanglos ist. In der praktischen Anwendung wird sich daher sicherlich die Auffassung der Not für § 272 VE. von dieser Notlage des Bewucherten emanzipieren müssen. Für § 248 a war auch bloße vermeintliche Not als ausreichend angesehen worden, als den tatsächlichen Lebensverhältnissen am besten Rechnung tragend. Die Begründung zum Vorentwurfe kommt auf Umwegen im wesentlichen zum gleichen Ergebnisse, wenn sie (S. 838) positiv behauptet: „Nur die wirklich vorhandene, nicht auch die vermeintliche Notlage“ sei beachtlich und negativ eingeschränkt „freilich in dem Sinne, daß auch derjenige wirklich in Not ist, welcher von objektiv vorhandenen Mitteln, mit denen er sich

helfen könnte, keine Kenntnis hat, so daß sie für ihn nicht vorhanden sind". Diese Stelle an sich kommentiert auch nur die Notlage des Bewucherten, er soll geschützt werden, wenn er, tatsächlich der Not gehorchend, sei es wissentlich, sei es unter dem Zwange täuschender Umstände, ausgebeutet wird. Liegt für ihn schlechthin nur eine vermeintliche Not vor, so bedarf er des erhöhten Schutzes seiner Interessen eigentlich nicht, sein persönliches Ungeschick oder Mißgeschick haben ihm dann eine subjektiv erdachte Notlage suggeriert. Objektiv wurde eine Notlage des Geschädigten vom Täter gar nicht benützt. Für die Entwendung aus Not erscheinen aber die Voraussetzungen jenen beim Wucher nicht völlig gleich. Der zureisende mittellose Täter kommt auf dem Bahnhofe einer für ihn fernen Stadt an. Nach der durchwachten Nacht bei knurrendem Magen fröstelt es ihn in der Morgenfrühe. Er erklärt sich diese Erscheinung fälschlich als Folge einer rauhen Außentemperatur dieser Gegend und begeht, um sich zu schützen, eine Notentwendung durch Ansichnahme eines alten Mantels. Seine Notlage ist ja nur eine vermeintliche, sollen nun diese Tatsachen eine Behandlung nach der negativen Zusatzklausel der Begründung zum Vorentwurfe in jenem Sinne rechtfertigen können? Hier, für § 272 VE., reicht doch sicher das schutzwürdige Interesse für den Täter weiter als für den bewucherten Verletzten.

Wie wir schon heute für § 248 a annehmen, wird auch für die Entwendung im Sinne des Vorentwurfs die Not unverschuldet wie verschuldet der Privilegierung teilhaftig werden und nur die richterliche Strafzumessung diesem Punkte besondere Beachtung schenken.[10])

Wenn, wie z. B. in den Reichstagsverhandlungen zur Novelle v. 19. 6. 1912 geäußert worden ist, man solle am besten alle Notentwendungen überhaupt straflos lassen, so muß dem doch entgegengehalten werden, daß für ernstlich drohende Not der Notstand einen Ausweg bildet. Für die weniger drückenden Fälle wird in dem tief nach unten gezogenen Strafrahmen ein Ausgleich geschaffen, und diese gerechte Menschenfreundlichkeit

---

[10]) Begr. S. 750.

gipfelt in der Anwendbarkeit des § 83 VE. auf die Notentwendung, indem in solchen Fällen überhaupt von Strafe abgesehen werden kann.

Der Vorsatz ist gegenüber dem gemeinen Diebstahle und der gemeinen Unterschlagung analog dem geltenden Rechte (§§ 248 a u. 370 Abs. 5 StGB.) auch für § 272 VE. besonders geartet und muß sich richten auf die Zueignung geringwertiger Gegenstände wirtschaftlichen Gebrauchs oder Verbrauchs aus Not oder zur Befriedigung eines Gelüstes. Es muß also je ein Objekt einer Gruppe jener beiden Wirtschaftsgüterarten zusammentreffen mit dem einen oder anderen Motive. Liegt keine dieser vierfachen Permutation vor, muß der Täter als Dieb oder Unterschlagender gestraft werden.[11])

Der Gegenentwurf § 301 verlangt, daß der Vorsatz umfassen darf nur die „Zueignung fremder beweglicher Sachen von geringem Werte" und nur soweit sie dem „Gebrauche oder Verbrauche" zu dienen imstande sind „aus Not oder um eines Gelüstes willen". Nicht gleich kurz und bündig ist damit nur dasselbe gefordert wie in § 272 VE. Aber der Gegenentwurf enthält außerdem in seiner Normierung, daß der Gebrauch oder Verbrauch „alsbald" gewollt sein müsse, eine tatsächliche Einschränkung gegenüber dem Vorentwurf, der dieses Erfordernis nicht ausdrücklich hervorhebt. Und wenn die Begründung zum Vorentwurf (S. 749) meint, daß regelmäßig ein gegenwärtiges Bedürfnis des Täters vorliegen wird, so ist einmal damit etwas ganz anderes gesagt als mit dem Erfordernisse „alsbaldigen Gebrauchs oder Verbrauchs", zum anderen aber ist diese Äußerung nicht bindend in das Gesetz übergegangen und soll vielmehr nur eine Vermutung aussprechen.

Wie im geltenden Rechte soll auch weiterhin die Entwendungshandlung bestehen in Diebstahl oder Unterschlagung. Nur aus technischen Gründen spricht der Gegenentwurf hier von Zueignung schlechthin, da das ihm eigentümliche Delikt der eigenmächtigen Zueignung (§ 300 GE.) einbezogen werden soll (Begr. zum GE. S. 277).

---

[11]) Begr. S. 750.

An der Geringwertigkeit der Objekte einer Entwendung halten Vorentwurf und Gegenentwurf fest, auch weiterhin ohne eine feste Grenze im Sinne des geschichtlichen kleinen und großen Diebstahls zu bestimmen. Damit ist gegenüber dem jetzigen § 248 a und im wesentlichen § 370 Abs. 5 der bisherige Standpunkt beibehalten worden.

Nach dem geltenden Rechte muß — wie oben dargelegt wurde — auf Grund der Entstehungsgeschichte, der Zustimmung der Wissenschaft (mit vereinzelten Ausnahmen) und der Praxis als anerkannt gelten, daß man auch Geld als geringwertigen Gegenstand im Sinne der Entwendung, § 248 a StGB., aufzufassen hat. Von dieser Ansicht für § 272 VE. abzugehen, scheint doch der Rechtfertigung entbehren zu müssen.

Wenn in der Dissertation von Denzel gefordert wird,[12]) daß die Entwendung von Geld dem § 272 VE. nur insoweit unterfalle, als solches „zur Anschaffung von unentbehrlichen Lebensbedürfnissen" Verwendung finden solle, so enthält diese Behauptung nicht bloß eine nur teilweise Wahrheit, sondern entspringt vielmehr einer fehlgreifenden Ansicht. Der Inhalt des § 272 VE. müßte ja für die Zueignung von Geld auseinandergerissen werden in Notentwendung und Entwendung aus Gelüste. Darauf soll dann nur für den Fall, daß durch die Tat „unentbehrlichen Lebensbedürfnissen" abgeholfen werden soll, die Milderung angängig sein; folglich scheidet das Gelüste nach Objekten zur Befriedigung solchen Bedarfs aus, da deren Besitz entbehrlich ist. Nur für die Entwendung aus Not bliebe Geld möglicher Gegenstand milderer Bewertung. Dieser Standpunkt scheint denn auch anderwärts in der Literatur nicht vertreten zu werden. Und gegen jede beengende Auslegung läßt sich wohl ungestraft behaupten, daß die ratio legis anders zu uns spricht. Sollte § 272 VE. nicht den Notentwender schützen wollen, der sich weniges Geld zueignet, um einen Gläubiger damit zu befriedigen?[13])

---

[12]) S. 28.

[13]) In der Dissertation von Höltzenbein S. 36 wird behauptet, Geld könne nicht unmittelbar verwendet werden!? Die Dissertation von Gérard verneint die Privilegierung von Geld, weil solchem Entwender ein „gewisses Raffinement" (?) vorzuwerfen sei und außerdem Geld nur ein Beschaffungs-

Die wirtschaftlich bedrängte Lage kann wie nach anderen Objekten auch nach Geld schreien, freilich für den Beweggrund des Gelüstes ist diese Lösung weniger wünschenswert, aber das liegt an der bekämpften Gleichbehandlung der beiden Motive in diesem Paragraphen. Entscheidend muß bleiben, daß der Täter aus Not oder um Gelüstes willen weniges Geld entwendet hat; ob er für jeden Pfennig davon eine besondere Zweckbestimmung im Auge hatte, ist nicht maßgebend, vielmehr muß als genügend angesehen werden, daß generell im gegebenen Falle zur Behebung der wirtschaftlichen mißlichen Verhältnisse oder Befriedigung des Gelüstes Geld das geeignete Abwehrmittel bildet.

Hat also eine Erweiterung der Bestimmungen des geltenden Rechts allenthalben nicht stattgefunden, so bleibt bedauerlich, daß hinsichtlich der privilegierten Objekte des § 248 a eine Beschränkung stattfinden soll; während dort alle geringwertigen Gegenstände umfaßt sind,[14]) bleibt nach § 272 VE. nur die Zueignung solcher wirtschaftlichen Gebrauchs und Verbrauchs milder geahndet. Gegenüber § 370 Abs. 5 StGB. ergibt sich allerdings insofern eine Erweiterung, als der Begriff „hauswirtschaftlich" durch den weitergehenden „wirtschaftlich" ersetzt worden ist. Befriedigen kann aber nur die Privilegierung aller geringwertigen Sachen schlechthin, wie die Begründung zum Vorentwurfe sie ablehnt,[15]) der Gegenentwurf sie voll anerkennt,[16]) aber leider in mißglückter Form zum Ausdruck bringt.

Die Verfolgung der Entwendung soll auch ferner von der Stellung eines Antrags abhängig sein, der auch zurückgenommen werden kann, wie schon jetzt für §§ 248 a, 370 Abs. 5 StGB.

Die angedrohte Strafe ist gegenüber dem geltenden Rechte (§ 248 a dreihundert Mark oder drei Monate Gefängnis und § 370 Abs. 5 einhundertfünzig Mark oder Haft) wesentlich erhöht worden auf eintausend Mark oder Haft oder Gefängnis bis zu sechs

---

mittel sei. (?!) Dagegen erkennt die Zulassung von Geld hier an Mittermaier in Aschrott-v. Liszt, Reform Bd. 2 S. 360, 2.

[14]) RGE. Bd. 47 S. 253 u. 256.

[15]) S. 748.

[16]) Begr. z. GE. S. 277.

Monaten. Mit Recht bezweifelt Wach,[17]) daß diese Neuerung „schablonenhafter Anwendung des Strafsystems, insbesondere die der Gefängnisstrafe auf Polizeidelikte angemessen ist, ob es angemessen ist, die Übertretungsstrafe bis zu dreimonatlicher Freiheitsstrafe zu steigern (Gefängnis oder Haft), ob man Delikte wie den Mundraub und ihm verwandte Tatbestände (§ 272) mit erheblich schwererer Strafe belegen darf, um sie den Übertretungen zu entrücken".

Warum setzte man in der Novelle v. 19. 6. 1912 wohl die Strafrahmen herunter, wenn man sie zur selben Zeit im Vorentwurfe für dieselben Delikte hinaufzuschrauben sich genötigt sieht, ohne auch nur in der Begründung anzugeben, was zu solcher Kursänderung in ein und derselben Zeit (im Schlußsatze S. 750 der Begründung zum Vorentwurfe wird die Novelle von 1909—1912, 19. 6. 1912, als bekannt zitiert) Anlaß bietet?

In der Begründung wird nur gesagt (S. 749): „Auch sind die Strafen des § 272 höhere, als die des § 370 Abs. 5 StGB. waren, und nicht nur Übertretungs- sondern Vergehensstrafen". Das sieht schon jeder Beobachter selbst und bedurfte nicht so sehr der Umschreibung als der Begründung. Soll etwa die Anknüpfung (Auch sind die Strafen ...) an den vorhergehenden Gedanken, daß eine feste Wertgrenze und damit der kleine Diebstahl abzulehnen und die Motive des Täters hervorzuheben sind, um größeren Schutz der Gesellschaft gegen den Diebstahl zu schaffen, „auch" hier eine Erhöhung rechtfertigen? Wenn man erstlich die Beachtlichkeit des Beweggrundes verlangt, erscheint es widersinnig, mit der höheren Strafdrohung die eigene bessere Erkenntnis umzuwerfen.

Im übrigen ist jetzt Not und Gelüste als gleich strafbar anerkannt, und zwar auch für Gebrauchsgegenstände, was nach geltendem Rechte noch nicht zutraf.

---

[17]) DJZ. Bd. 15 S. 10ff.

§ 2.
Die Stellung im Strafrechtssysteme.

Nach § 75 VE. wird der Versuch eines Vergehens nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen bestraft, mithin bleibt der Versuch der Entwendung straflos.[1])

Die Teilnahme an einer Entwendung bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des 7. Abschnittes (Teilnahme) (§ 78 Anstiftung; § 79 Beihilfe; § 80 Einwirkung persönlicher Eigenschaften). Die Mittäterschaft im Sinne des § 47 StGB. ist für den Vorentwurf nicht mehr ausdrücklich im Gesetze erwähnt, „da die Bestrafung des Mittäters als Täters sich schon auf Grund der Bestimmungen des Besonderen Teiles von selbst versteht".[2])

Die Familienentwendung bleibt auch fernerhin straflos (§ 272 mit § 273 Abs. 1 VE.), soweit sie begangen wird gegen Deszendenten oder den anderen Ehegatten.

Diese Strafausschließung ist rein persönlich und gemäß § 80 VE. auf Teilnehmer nicht anwendbar.[3])

Daß in § 273 Abs. 2 für die Hausentwendung das Antragserfordernis wiederholt wird, ist zu verwerfender Pleonasmus. Die tief einschneidende grundsätzliche Änderung der Rückfallsbestrafung, der bereits oben gedacht worden ist, zieht für die Zukunft auch die Entwendung in ihren Bannkreis. Ist an sich nichts gegen diese Ausdehnung einzuwenden, zumal § 88 Abs. 4 VE. bei besonderen Umständen, „welche die in Abs. 3 vorgesehene Mindeststrafe zu hart erscheinen lassen", eine gerechte Herabsetzung der Rückfallstrafe zuläßt, so bleibt andererseits die Unzulänglichkeit der inhaltlichen Regelung des Rückfalls selbst nach § 88 VE. wie im allgemeinen so auch gerade für die Entwendung im besonderen bedauerlich.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, ob die Stellung zum gemeinen Diebstahl und zur gemeinen Unterschlagung sich

---

[1]) Begr. z. VE. S. 750.
[2]) Ebendort S. 304.
[3]) Ebendort S. 312.

für den Vorentwurf ändert. Nach der Fassung des § 272 VE., nach seinem Inhalte und seiner Vorgeschichte werden wir darauf beharren müssen, die Entwendung auch fürderhin als privilegierten Diebstahl und privilegierte Unterschlagung zu betrachten, die ebensowenig zum Sonderdelikt geworden ist, wie sie etwas von ihrer alten Selbständigkeit eingebüßt hat. Nun hat aber gegen die Beibehaltung des § 272 VE. neben den „besonders leichten Fällen" des gemeinen Diebstahls (§ 269 mit § 83) und der gemeinen Unterschlagung (§ 271 mit § 83 VE.) eine Reaktion eingesetzt, die behauptet, daß der § 272 VE. der typische besonders leichte Fall dieser Delikte wäre und damit die Berechtigung seiner Fortdauer in Frage gestellt sei.[4])

Im ersten Augenblicke mag es gerechtfertigt erscheinen, diesen Schluß zu ziehen, denn mancher Fall, der einer Entwendung nahekommt, aber nicht dem Beweggrunde der Not und des Gelüstes entsprungen ist, wird als besonders leichter Fall des Diebstahls oder der Unterschlagung mit gleich milder Strafe geahndet werden können, doch müssen wir folgendes bedenken. Welche von beiden Bestimmungen könnten wir ohne Schaden entbehren, die „besonders leichten Fälle" des Diebstahls und der Unterschlagung oder den § 272? Den großen Gewinn des § 83 VE. wird keiner opfern mögen. Er, mit seiner weitschauenden Tendenz, müßte auch dann erhalten bleiben, wenn er, wie hier in diesem Falle, für die Entwendung überflüssig erscheinen sollte. Prüfen wir die Notwendigkeit der Erhaltung des § 272 VE., so ergibt sich, daß für ganz bestimmt geartete leichte Fälle widerrechtlicher Zueignung dem Rechtsbewußtsein des Volkes insofern Rechnung getragen werden soll, als von vornherein der Richter an ein relativ niedrig gehaltenes Strafmaximum ebenso sehr gebunden wie vor Mißgriffen und damit Schmähungen Außenstehender gesichert sein soll.

Beachtlich erscheint die niedere Strafhöhe besonders beim Rückfalle (trotz § 88 Abs. 4). Darüber hinaus bedenke man noch eines: in den „besonders leichten Fällen" des § 83 VE.

---

[4]) Mittermaier in Aschrott-v. Liszt, Reform Bd. 2 S. 360/61; Möckel, Diss. S. 40.

müssen die rechtswidrigen Folgen stets unbedeutend sein. Die Begründung dazu (S. 323) weiß, daß „die hier aufgestellten Begriffe bis zu einem gewissen Grade arbiträr“ sind. Die rechtswidrigen Folgen nennt sie das objektive Moment der Bewertung. Wenn also der Entwender sich von einem beliebigen Dritten aus Not, weil Frost ihn durchschüttelt, ein Kleidungsstück zueignet und der Verlustträger gleich oder mehr bedürftig ist und nun seinerseits[5]) in die Not und Qual des Frostes gerät, sind dann die rechtswidrigen Folgen gering? Die Bewertung solcher Folgen ist stets subjektiv getrübt. Selbst bei Gegenständen, die einen Marktpreis haben, bewertet der Reiche den Verlust vielleicht gering, den der Arme einen Kapitalverlust nennt. Und nimmt man selbst zu beiden einen neutralen Standpunkt ein, dann wird man immer nicht umhin können, zu beachten, in welcher Interessensphäre, sei es nach Ort, Zeit oder subjektiver Bewertung, der Wert des zu schützenden Gutes zu bestimmen ist. Die rechtswidrigen Folgen sind doch groß, wenn man der armen Bäuerin ein Huhn wegnimmt, wie groß aber sind sie, wenn man das gleiche einem Großgrundbesitzer zufügt? Auf die rechtswidrigen Folgen legt aber § 272 VE. kein Gewicht, denn hier wird nur verlangt, daß der Täter sich auf Gegenstände beschränken soll, die menschlichem Ermessen (d. h. richterlicher Erkenntnis) nach sich als geringwertig darstellen, ungeachtet der Rückwirkung auf den Verletzten wie auf objektiv beachtliche Folgen.

So hat die Entwendung denn doch ihre selbständige Natur auch gegenüber den „besonders leichten Fällen“ von Diebstahl und Unterschlagung bewahrt.

Damit bleibt nur noch die Frage offen, ob für § 272 VE. seinerseits noch besonders leichte Fälle denkbar und zulässig sind? Nach dem Gesagten muß das bejaht werden, denn die Entwendung hat Eigentümlichkeiten, die sie zu einem sehr selbständigen Delikte machen, das auch seinerseits in Fälle leichterer und schwererer Begehung aufzulösen ist.

---

[5]) Der Streit über die Entscheidung ist keineswegs neu, vergleiche Stammler S. 33.

Besonders gilt dies für die in § 272 VE. aufgegangenen Qualifikationen des gemeinen Diebstahls und der gemeinen Unterschlagung. Daß an dieser Tatsache der Absorbierung der geschärften Begehung an sich zu zweifeln wäre, liegt auch für die Zukunft ein zwingender Grund nicht vor, darum baut sich diese Behauptung auf der seither erlangten Kenntnis auf. Hat sich doch in mehrfacher Hinsicht die Entwendung als selbständigen Strafausspruchs nötig und würdig erwiesen.

Freilich muß auch weiterhin bei Vorliegen der weitergreifenden Tatbestände Raub (§ 274 VE.) und Erpressung (§ 275 VE.) am Täter geahndet werden, wenn über eine bloße Entwendung hinaus die Erfordernisse jener Delikte erfüllt sind.

Das gleiche gilt, im Gegensatze zum geltenden Rechte (§ 252 StGB.), von dem räuberischen Diebstahl im Sinne des § 274 Abs. 2 VE., der de lege ferenda einen Raub darstellen soll.

Fassen wir zusammen, was sich nach der gegebenen Darstellung als besonders verbesserungsbedürftig an dem § 272 VE. herausgestellt hat, so ergibt sich: Festzuhalten bleibt wohl die Aufstellung eines besonderen Deliktes der Entwendung auch neben den „besonders leichten Fällen“ des Diebstahls und der Unterschlagung. Unbefriedigend aber ist die Frage der Beachtlichkeit des Motivs gelöst.

Der Einfluß der Geringwertigkeit des entwendeten Gutes darf nur in Unterordnung unter den Beweggrund zur Tat in Rechnung gezogen werden.

Die Gegenstände der Entwendung sollen besser alle erdenklichen Diebstahls- und Unterschlagungsobjeke umfassen.

Die Strafe für die Begehung der gewöhnlichen Fälle darf nicht zu hoch gelegt werden, um solche schwerer Art mit einzuschließen, hierfür muß das Gesetz (wie für § 84 VE.) und nicht die richterliche Zumessung den Einfluß ausdrücklich festsetzen.

Unter Würdigung solcher Erkenntnis würde der § 272 VE. etwa folgende Form erhalten.

Ist der Diebstahl oder die Unterschlagung aus einem nicht verachtungswürdigen Beweggrunde begangen, so

wird der Täter wegen Entwendung mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Haft oder Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft; in besonders leichten Fällen (§ 83) kann von Strafe abgesehen werden.

Sind hierbei die Gegenstände der Zueignung von erheblichem Werte, oder erscheint die Tat durch weitere Umstände, insbesondere die Art, die Zeit, den Ort (und den Rückfall) der Begehung strafwürdiger, so kann bis zu eintausend Mark oder auf Gefängnis bis zu einem Jahre erkannt werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein. Der Antrag kann zurückgenommen werden.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.